



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 1 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2014 | ISSN 2359-5639





# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 1 | n. 2 | maio/agosto 2014 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)

# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial exclusivamente para fins não comerciais e desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

**Endereço:** Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –  
Centro – CEP 80020-300 – Curitiba-PR – Brasil  
**Telefone:** +55 41 3310-2683  
**Site:** <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>  
**E-mail:** [revista@ninc.com.br](mailto:revista@ninc.com.br)

**Supervisão editorial:** Eliane Peçanha  
**Revisão:** Equipe do NINC-UFPR  
**Bibliotecária:** Paula Carina de Araújo – CRB 9/1562  
**Capa:** Duilio David Scrok  
**Projeto gráfico:** Duilio David Scrok  
**Diagramação:** Duilio Scrok e Editora Íthala  
([www.ithala.com.br](http://www.ithala.com.br))

Publicação eletrônica de acesso aberto  
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

## DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná,  
Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014) –  
Curitiba: UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná.  
Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342  
CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

### Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).



**Objetivo:** A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná ([www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

**Linha editorial:** A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

**Double blind peer review:** A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas “*ad hoc*” portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

## EQUIPE EDITORIAL

### Coordenador Editorial

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

### Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (*Universidad Católica Argentina* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (*Universidad Central de Venezuela* – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (*Universidade de São Paulo* – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (*Macquarie Law School* – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (*Universidade Federal Fluminense* – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (*Universität Wien* – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (*Universidade Federal de Pernambuco* – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (*Universidade de São Paulo* – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (*Universidad de Talca* – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (*Universidade de Fortaleza* – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (*Universidade do Estado do Rio de Janeiro* – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Profª Drª Maria Immordino (*Università degli Studi di Palermo* – Palermo, Itália)

Profª Drª Mônia Clarissa Hennig Leal (*Universidade de Santa Cruz do Sul* – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (*Universidad de Buenos Aires* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Richard Albert (*Boston College Law School* – Boston, Estados Unidos da América do Norte)

### Secretaria Executiva

Tuany Baron de Vargas

Luzardo Faria

### Equipe de Redação e Revisão

Brunna Marin

Karoline Strapasson

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Renan Guedes Sobreira

Tailaine Cristina Costa

Tuany Baron de Vargas



# Sumário

## Contents

### **Editorial: Direitos humanos e fundamentais entre o Direito Constitucional Comparado e o Direito Internacional**

*Editorial: Human and fundamental rights between the Comparative Constitutional Law and International Law*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.44819>

**Daniel Wunder Hachem ..... 4**

### **«Talcualismo», «decolonizzazione» o «utopia arcaica» del diritto costituzionale?**

*"Such as-ism", "decolonization" or "archaic utopia" of the constitutional law?*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40508>

**Michele Carducci ..... 7**

### **Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad**

*New borders of the control of conventionality: the adaptation of the national law and the legislative control of conventionality*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>

**Néstor Pedro Sagüés ..... 23**

### **Semantics and legal interpretation: an approach from a comparative study of the value of embryonic life under the Argentine and U.S. constitutional case law**

*Semântica e interpretação jurídica: uma abordagem a partir de um estudo comparativo do valor da vida dos embriões na jurisprudência constitucional da Argentina e dos Estados Unidos*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40510>

**María del Pilar Zambrano**

**Estela B. Sacristán ..... 33**

**Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective**

*Tutela judicial do direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparada*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>

**Vanice Regina Lírio do Valle.....67**

**La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay**

*The jurisprudence of the inter-american court of human rights in the perspective of administrative law: special reference to the case Gelman vs. Uruguay*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>

**Augusto Durán Martínez.....103**

**Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy**

*Constituent aspects of the theory of legal argumentation: the contribution of Robert Alexy*

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>

**Rogério Gesta Leal .....131**

**Instruções para autores**

*Instructions for authors*

.....167



# Editorial

## Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.44819>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons  
Licensed under Creative Commons

### **Direitos humanos e fundamentais entre o Direito Constitucional Comparado e o Direito Internacional**

#### ***Human and fundamental rights between the Comparative Constitutional Law and International Law***

O Direito Constitucional cultivado na segunda metade do século XX, mercê dos processos de derrubada de regimes totalitários e redemocratização dos países até então dominados por governos autoritários, encontrou nos direitos humanos e fundamentais um terreno fértil de desenvolvimento. De um lado, a promulgação de Constituições generosas na enunciação de direitos estimulou as pesquisas no campo dos direitos fundamentais. De outro, a expansão dos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos atraiu os olhares dos pesquisadores para a necessidade de aproximação, interconexão e diálogo entre os ordenamentos jurídicos nacionais e a tutela internacional dos direitos humanos.

Os estudos escolhidos para a presente edição são marcados por essa tônica, apresentando os resultados de investigações que giram em torno da temática dos direitos humanos e fundamentais, ora sob o viés do Direito Comparado, ora sob a perspectiva da inter-relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: Direitos humanos e fundamentais entre o Direito Constitucional Comparado e o Direito Internacional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 4-6, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.44819>.



Entre eles, encontram-se artigos em 4 idiomas (inglês, espanhol, italiano e português), de autoria de professores filiados a 6 universidades de 4 países diversos (Itália, Argentina, Uruguai e diferentes Estados da federação brasileira – Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro). Dos artigos publicados nesta edição, 100% são de Professores Doutores, 83% redigidos em língua estrangeira, 71% de autores estrangeiros e 100% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- «Talcualismo», «decolonizzazione» o «utopia arcaica» del Diritto Costituzionale?

**Michele Carducci**

Professore Ordinario (Titular) de Diritto Costituzionale Comparato della Università del Salento (Lecce, Italia)

- Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del Derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad

**Néstor Pedro Sagüés**

Profesor Emérito de Derecho Constitucional la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

- Semantics and legal interpretation: an approach from a comparative study of the value of embryonic life under the Argentine and U.S. Constitutional case law

**María del Pilar Zambrano**

Professor of Philosophy of Law – Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina)

**Estela B. Sacristán**

Associate Professor of Administrative Law – Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina)

- Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective

**Vanice Regina Lírio do Valle**

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA (Rio de Janeiro-RJ)

- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay

**Augusto Durán Martínez**

Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, Uruguay)

- Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy

**Rogério Gesta Leal**

Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS) e da UNOESC.

Espera-se, com a divulgação dos trabalhos acima relacionados, instigar os leitores ao estudo e à pesquisa no âmbito dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, com o propósito de encontrar soluções jurídicas para os principais desafios encontrados atualmente nessa seara.

Curitiba, maio de 2014.

**Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem**

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais



## «Talcualismo», «decolonizzazione» o «utopia arcaica» del diritto costituzionale?

### *“Such as-ism”, “decolonization” or “archaic utopia” of the constitutional law?*

**MICHELE CARDUCCI\***

Università del Salento (Italia)  
[michele.carducci@unisalento.it](mailto:michele.carducci@unisalento.it)

**Recebido/Received:** 22.02.2014 / February 22<sup>nd</sup>, 2014

**Aprovado/Approved:** 17.03.2014 / March 17<sup>th</sup>, 2014

#### **Resumo**

O artigo tem por objetivo realizar reflexões críticas a respeito da abordagem comparatista do Direito Constitucional em matéria de Direito indigenista, levando em consideração as peculiaridades da realidade latino-americana e buscando o *locus* dos direitos dos índios entre um Direito Constitucional geral e um Direito Constitucional cultural.

#### **Abstract**

*The article aims to perform critical reflections about the comparatist approach of Constitutional law regarding the indigenous law, taking into consideration the peculiarities of the Latin-American reality and seeking the locus of the rights of Indians between a General Constitutional Law and a Cultural Constitutional Law.*

**Palavras-chave:** Direito Constitucional comparado; Direito indigenista; descolonização; utopia arcaica.

**Keywords:** Comparative Constitutional Law; Indigenous Law; decolonization; archaic utopia.

---

Como citar este artigo | How to cite this article: CARDUCCI, Michele. «Talcualismo», «decolonizzazione» o «utopia arcaica» del Diritto Costituzionale? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 7-22, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40508>

\* Professore Ordinario (Titular) de Diritto Costituzionale Comparato della Università del Salento (Lecce, Italia). Coordinatore del Centro Didattico Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali – Università del Salento. Dottorato di Ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università di Bologna.

## SOMMARIO

**1.** È possibile un diritto costituzionale «indigenista»?; **2.** Diritto costituzionale «generale» o «culturale»?; **3.** Scrittura costituzionale e «*talcalismo*» della comparazione; **4.** Un problema di traduzioni?; **5.** Il lessico costituzionale delle identità (rin)negate. **6.** Riferimenti.

### 1. È POSSIBILE UN DIRITTO COSTITUZIONALE «INDIGENISTA»?

Lo scopo di questo saggio non è quello di fornire una rassegna dei modi e delle forme di costituzionalizzazione dei diritti indigeni nel contesto dell'America Latina. Più semplicemente, ci si vuole soffermare sul dato paradossale che il fenomeno di diffuso riconoscimento e tutela costituzionale dei vari «indigenismi» (e del connesso «diritto ctonio»<sup>1</sup>) alimenta come sintomo della crisi del diritto costituzionale moderno in Occidente.

Proprio da tale angolo di visuale, il tema latinoamericano è di per sé significativo. L'America latina è Occidente, come storia<sup>2</sup> e come istituzioni<sup>3</sup>, si potrebbe dire come tradizione di civilizzazione<sup>4</sup>; e, in quanto Occidente, vive tutte le contraddizioni e i limiti del diritto costituzionale (come studio *delle* Costituzioni) e del costituzionalismo (come ideologia *per le* Costituzioni) contemporanei.

Più specificamente, il problema del diritto costituzionale «occidentale» dell'America latina, di fronte all'affermazione delle «identità indigene», è quello di comprendere non solo *come* l'«utopia arcaica»<sup>5</sup> del riscatto storico dei vinti dalla colonizzazione europea possa convivere con le «figurazioni intellettuali» della modernità coloniale dell'Occidente (con i suoi concetti, il suo vocabolario, le sue istituzioni), ma soprattutto *fino a che punto* la tensione tra «coinvolgimento» e «distacco» permetta ai giuristi costituzionalisti di comprendere il «fenomeno indigeno» come *oggetto* del diritto costituzionale<sup>6</sup>.

Su tali profili, non ha torto Bartolomé Clavero<sup>7</sup> nel denunciare finzioni (come quella costituente della «*parábola de Ackerman*» – con riferimento al costituzionalista

<sup>1</sup> GLENN, H. P. **Tradizioni giuridiche nel mondo**: La sostenibilità della differenza. Bologna: Il Mulino, 2011.

<sup>2</sup> MIGNOLO, W.D. **The Darker Side of the Renaissance**: Literacy, Territoriality, and Colonization. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995. 125 ss.

<sup>3</sup> CARMAGNANI, M. **L'altro Occidente**: L'America latina dall'invasione europea al nuovo millennio. Torino: Einaudi, 2003.

<sup>4</sup> Si v. magistralmente ZEA, Leopoldo. *Imperio Romano y Imperio Español en el pensamiento de Bolívar*. **Rivoluzione Bolivariana - Quaderni Latinoamericani VIII/1981**, Napoli, ESI.

<sup>5</sup> Nella efficace espressione di LLOSA, M. V. **La Utopia Arcaica**: José María Arguedas y las ficciones del indigenismo. México DF: FCE, 1997.

<sup>6</sup> CARDUCCI, M. Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n. 128, 2010.

<sup>7</sup> Si v.: CLAVERO, B. **Derecho indígena y cultura constitucional en América**. México DF: Siglo XXI, 1994.; CLAVERO, B. **Genocidio y Justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy**. Madrid: Marcial Pons, 2002.; CLAVERO, B. *Guaca indígena y arqueología constitucional: pueblos y Estados en América*. In: \_\_\_\_\_; MARTÍNEZ, J. P. U.; DURÁN, M. C. (org.). **Derecho constitucional para el Siglo XXI**: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2006.

di Yale sul tema dei “momenti costituenti” degli Stati Uniti, consumati ad esclusione di schiavi e indiani d'America) e “*stratigrafie*” costituzionali di “*culturicidio*” delle “identità indigene”, fondate sul gioco linguistico dell'intreccio tra “*género artificioso*” e “*especie forzada*” delle categorie concettuali del diritto costituzionale occidentale.

## 2. DIRITTO COSTITUZIONALE «GENERALE» O «CULTURALE»?

Infatti, è opinione diffusa che il “fenomeno indigeno” debba essere inquadrato come *oggetto* di studio in una prospettiva di diritto costituzionale «culturale». Il diritto costituzionale “culturale” assurgerebbe, in poche parole, a paradigma “specifico” dell'osservatore di fronte ai fenomeni “nuovi” del riconoscimento e della tutela dei diritti “indigeni”: in questo modo, sarebbe garantito il distacco. Che cosa poi effettivamente sia questo diritto “culturale” e in che cosa si differenzi, come dogmatica e come linguaggio, dal diritto costituzionale «generale» che si occupa di tutti gli altri temi o problemi della dogmatica giuridica, non viene opportunamente spiegato, a danno talvolta della correttezza metodologica ed esplicativa delle interpretazioni della realtà latinoamericana.

Eppure, diritto costituzionale «generale» e diritto costituzionale «culturale» sono formule figurative che non insorgono come sinonimi nel costituzionalismo novecentesco<sup>8</sup>. La prima sostanzialmente appartiene alla stagione del cosiddetto “diritto politico”, mentre la seconda emerge dal quadro dell'avvento del più generale “diritto culturale”, consolidatosi a seguito del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale e conseguente alla creazione dei sistemi di controllo di costituzionalità delle leggi<sup>9</sup>. Proprio per tale ragione, infatti, tale ultima formula trova riscontro nelle più significative teorie costituzionali contemporanee sulla cultura<sup>10</sup>.

Nonostante questa distanza, tuttavia, il dato problematico che ha condotto i costituzionalisti a coniare nel tempo le due qualificazioni ha riguardato un medesimo oggetto di osservazione, tuttora problematico al di là dello scenario di contorno che lo colora: la disponibilità del testo costituzionale come premessa di attivazione delle dinamiche di mutamento informale della Costituzione all'interno dello Stato. Rispetto a questo tema, il diritto costituzionale «generale», da un lato, ha mirato a consolidare la conoscenza e comprensione delle condizioni indispensabili di “razionalizzazione del

<sup>8</sup> L'ideatore della formula “diritto costituzionale generale” è stato Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH. (**Les nouvelles tendances du droit constitutionnel**. Paris: Giard, 1931.). Per la formula del “diritto costituzionale culturale”, bisogna pensare almeno a Peter Häberle (cfr. LUTHER, G. La scienza häberliana delle costituzioni. In: COMANDUCCI, P.; GUASTIANI, R. (org.). **Analisi e diritto 2001**: Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2002.).

<sup>9</sup> Per una rappresentazione chiara ed efficace della contrapposizione tra “diritto politico” e “diritto culturale”, si v. PIZZORUSSO, A. Fonti “politiche” e fonti “culturali” del diritto. In: **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman**. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1979.

<sup>10</sup> Penso ovviamente a P. Häberle, ma anche a KAHN, Paul. **El estudio cultural del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2009.

potere”, senza le quali la disponibilità del testo, in quanto dimensione “politica” del diritto, sarebbe sfociata nell’arbitrio; l’idea di diritto costituzionale «culturale», invece, ha preso piede fondandosi sulla constatazione che solo grazie alla processualità dell’agire del giudice, e quindi alle regole del processo non sovrapponibili a quelle di qualsiasi potere “razionalizzato”, la disponibilità del testo non è indotta a sfociare in arbitrio<sup>11</sup>, dato che il giudice può agire solo su richiesta di una parte interessata (*ne procedat iudex ex officio*) e quindi può disporre del testo costituzionale alle condizioni e nei limiti derivanti dalla struttura stessa del processo, in un ambiente politicamente “incontaminato”.

Di conseguenza, se il diritto costituzionale «generale» si preoccupava di studiare la forma di governo e il diritto parlamentare, come luoghi prioritari e principali di conoscenza della disponibilità dei testi costituzionali<sup>12</sup>, quello «culturale» assume la giustizia costituzionale e il diritto processuale quali “ambiti cognitivi” specifici di comprensione delle dinamiche contemporanee<sup>13</sup>.

Ecco allora che a un “diritto politico” per il quale la legittimità della disponibilità del testo poteva essere prodotta solo dalle regole dei rapporti tra poteri, in nome della salvaguardia della sovranità popolare unitariamente intesa, subentra un “diritto culturale” che vede la disponibilità del testo legittimata dai singoli soggetti attivanti il processo, in una sorta di “molecolarizzazione” della sovranità di fronte al giudice<sup>14</sup>.

In questo modo, il tema della disponibilità del testo in funzione della “legalità” dei rapporti tra poteri, punto forte della “razionalizzazione” patrocinata dal diritto costituzionale «generale», cede il passo al tema della disponibilità in funzione dei diritti e garantita dal processo: ispirazione di fondo di qualsiasi visione “culturale” del diritto.

Non si tratta di due modi alternativi di concepire la Costituzione. Ci si ripete: si è trattato di due modi diversi di osservare la dinamica del mutamento costituzionale.

La “razionalizzazione” del “diritto politico” rifletteva l’alternativa, nei primi decenni del Novecento efficacemente resa da Charles McIlwain<sup>15</sup>, tra il *government* che legittima la Costituzione e la Costituzione che legittima il *government*. Il “diritto culturale” assume la centralità della *persona*, compresa la sua esponenzialità processuale, come fonte primordiale della costituzione stessa<sup>16</sup>. In definitiva, il “diritto culturale” è *personalista*.

<sup>11</sup> Si v. il “classico” CAPPELLETTI, Mauro. **Giudici legislatori?**. Milano: Giuffrè, 1984. p. 126.

<sup>12</sup> Si pensi, in Italia, alla fondamentale opera di Silvano Tosi sul diritto parlamentare come “clinica” della dinamica costituzionale: cfr. TOSI, S. **Diritto parlamentare**. Milano: Giuffrè, 1974.

<sup>13</sup> Per diversi spunti, anche di ricognizione storica, si v. MAC-GREGOR, E. F. **Ensayos de derecho procesal constitucional**. México DF: Porrúa, 2004.

<sup>14</sup> Cfr. CARPIZO, J. La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional. **Revista de estudios políticos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 28, 1982.

<sup>15</sup> McILWAIN, C.H. **Constitutionalism in the Changing World**. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1939.

<sup>16</sup> Cfr. RODOTÀ, S. Materiali per un lessico politico europeo: persona. **Filosofia politica**, Il Mulino, 2007.

Tuttavia, anche l'idea di *persona*, a base del "diritto culturale", risulta non essere politicamente neutra: essa stessa paradossalmente si fonda sul "diritto politico", identificando una delle "identità protocollari" del discorso giuridico-costituzionale delle istituzioni moderne<sup>17</sup>. Com'è stato mostrato da Antonio L. Palmisano, tutte le "identità protocollari" producono «fissazione e fossilizzazione della persona, ovvero subordinata dipendenza dalle istituzioni della modernità e limitazione dell'attore sociale a un solo ruolo, oggettuale, che diviene di fatto coattivo e potenzialmente mercificato».

Quindi, anche il "diritto culturale" persegue "strategie linguistiche"<sup>18</sup> che mirano non tanto al pari riconoscimento delle culture, quanto ad una "politica" di "inculturazione"<sup>19</sup> delle stesse. Quello che segna la differenza con la tradizione del diritto costituzionale «generale» sta nello strumento di questa "politica": il giudice, al posto dei tradizionali poteri di rappresentazione politica.

Ma poteri politici e giudici come si sono posti rispetto al linguaggio universalizzante del diritto costituzionale occidentale? Solitamente la risposta si fonda sulla presunzione che *positivizzazione* dei testi costituzionali e *costituzionalizzazione* dei processi coincidano sempre come linguaggi e "strategie linguistiche", dentro e fuori dell'Occidente europeo. Basterebbe scrivere gli "universali" del costituzionalismo, per orientare i processi politici e culturali extra-europei allo stesso modo di quelli storicamente acquisiti nel vecchio Continente. La "strategia linguistica" sarebbe dettata dalla scrittura, sia sul piano «generale» dei poteri politici, che su quello «culturale» dei giudici.

Le cose, però, evidentemente non stanno così. Fu Georg Jellinek<sup>20</sup> a cogliere per primo l'insufficienza del ricorso alla descrizione delle tecniche di *positivizzazione* testuale come paradigma di comprensione delle dinamiche costituzionali da parte della politica come dei giudici. Come si comprenderà ancor più chiaramente con la nota distinzione schmittiana tra "costituzione" e "legge costituzionale", la *costituzionalizzazione* non è semplice *positivizzazione*, in quanto identifica una concretizzazione generalizzata e diffusa del testo costituzionale "positivo", per mezzo e all'interno di uno spazio

<sup>17</sup> Il tema della identità "protocollare" è approfondito negli importanti studi dell'antropologo italiano PALMISANO, A.L. *Immagine e rappresentazione indigena verso la ri-appropriazione sociale, culturale, economica*. In: \_\_\_\_\_. **Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo**. Roma: IILA, 2007.; PALMISANO, A.L. *Le identità delle comunità indigene e l'identità indigena*. In: \_\_\_\_\_. PUSTORINO, P. (org.), **Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici**. Roma: IILA, 2008.; PALMISANO, A. L. *La rappresentazione come forma narrativa del diritto nell'epoca post-globale*. In: \_\_\_\_\_. **Identità delle comunità indigene del Centro America, Messico e Carabi: aspetti culturali e antropologici**. Roma: IILA, 2008.; PALMISANO, A. L. *Le società indigene nell'epoca delle identità protocollari*. In: \_\_\_\_\_. **Identità delle comunità...**

<sup>18</sup> Cfr. CARDUCCI, M. *Strategie linguistiche e identità costituzionali in Africa*. In: TURANO, M. **Le fonti narrative nelle scienze sociali relative all'Africa**. Roma: Aracne, 2006.

<sup>19</sup> Cfr. GRASSO, N. **Paradigmi di inculturazione umanistica della Costituzione**. Lecce-Cavallino: Pensa, 2009.

<sup>20</sup> JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: CED, 1991.



culturale e sociale di soggetti e quindi di volontà che “dispongono” di quel testo, per esercitare proprie “pretese” o “rappresentazioni” di volontà<sup>21</sup>.

Questo significa che la scrittura *positivizzata* è sì importante, ma non sufficiente, in quanto non solo essa “è interpretata”, ma soprattutto di essa “si dispone” (*Dispositives Recht*) secondo aspettative proprie e altrui. La *positivizzazione* testuale potrà assurgere a ultimo baluardo all’abuso di questa “disponibilità”, ma non esaurirà mai lo spazio della comunicazione culturale e sociale, in quanto il concorso alla lettura di qualsiasi testo costituzionale si presenterà contemporaneamente “riflessivo” (da parte di chi ne dispone per proprie pretese di volontà e di potere) e “rappresentativo” (da parte di chi lo interpreta in funzione della rappresentazione di interessi o esigenze ad esso estranee), con la pretesa “riflessiva” sempre in capo ai soggetti politici, che dispongono del testo per i propri fini contingenti e parziali producendo conflitto e competizione politica, e l’esigenza “rappresentativa” a contenuto interpretativo in capo al giudice che, attraverso il diritto, potrà dirimere conflitti e competizioni altrui.

Se il diritto costituzionale «generale» si occupa di tale disponibilità da parte dei poteri politici, quello «culturale» si concentra proprio sugli spazi di comunicazione culturale e sociale abilitati dalla scrittura *positivizzata* nelle Costituzioni, tematizzati poi dalla giurisprudenza.

Come si è già detto, le due prospettive non sono affatto alternative. Del resto, lì dove questa dialettica tra interpretazione del testo e disposizione dei suoi contenuti, in funzione di pretese di volontà o di rappresentazione, non sarà orientata sugli stessi scopi, si verificheranno scollamenti tra poteri politici e società, con una sovraesposizione del potere giudiziario quale interlocutore privilegiato delle tensioni intorno alla scrittura *positivizzata*. Ma spiegare questo fenomeno, ignorando la dimensione politica dell’osservazione imposta dal diritto costituzionale «generale» comporterà illusioni ottiche sull’analisi stessa della dialettica tra *positivizzazione* e *costituzionalizzazione*.

### 3. SCRITTURA COSTITUZIONALE E “TALCUALISMO” DELLA COMPARAZIONE

Perché questa lunga premessa è importante nei discorsi sul diritto costituzionale per gli indigeni? Le risposte sono diverse.

In primo luogo, la parabola del diritto costituzionale occidentale su *positivizzazione* e *costituzionalizzazione* ci fa comprendere che il linguaggio costituzionale non conosce una propria auto-evidenza, ma vive della contingenza degli atti di disposizione e di rappresentazione dei soggetti, nonché del circuito comunicativo in cui essi socialmente e storicamente si collocano.

<sup>21</sup> Sulla rilevanza della riflessione schmittiana in ordine alla complessità della *positivizzazione* costituzionale, cfr. KLEIN, C. *Théorie et Pratique du pouvoir constituant*. Paris: PUF, 1996.

In secondo luogo, essa paradossalmente evidenzia come la mera *positivizzazione* costituzionale di una *Kultur* occidentale (quella del linguaggio della modernità costituzionale) non può dar conto della complessità culturale extraeuropea, la cui comprensione dipenderà soprattutto da come i fatti sono interpretabili e organizzabili in un sistema concettuale, al cui interno apposite “strategie linguistiche” organizzeranno nella propria ottica concetti, categorie astratte, valori, da giudicare in sé come riflesso problematico di uno specifico nesso tra quella *Kultur* e altro.

In terzo luogo, conferma come anche la scrittura costituzionale, al pari di qualsiasi altra scrittura, sia il riflesso di una determinata società e, nella sua esportazione, risulti essere una delle conseguenze della promozione coloniale del potere.

Se la comparazione costituzionale non penetra dentro queste tre linee di comprensione, essa si accontenta di descrivere i “fenomeni indigeni” come un “*tale e quale*” a questioni *già affrontate* (e universalizzate) dal diritto costituzionale occidentale (tutela delle minoranze, tutela della lingua, libertà religiosa ecc...) ... *alla lettera*; ambito specifico di un diritto costituzionale solamente «culturale». Così operando, l'osservatore dei problemi costituzionali dei “fenomeni indigeni” si ridurrà all'indole intellettuale che Roland Barthes denominava appunto “*talcualismo*”<sup>22</sup>, più o meno consapevolmente funzionale anch'essa ad una “strategia linguistica” di valore meramente “indicativo” o, se si vuole, “amodale”, “neutro” rispetto a grida e giudizi ai quali non partecipa, essendo propriamente costituito della loro assenza.

Certamente questa “neutralità” preserva la propria condizione di strumentalità scientifica. Oggi, però, di fronte alla venuta meno della sua funzione di servizio per l'ideologia coloniale, arretra a modo di esistere di un silenzio, consegue lo «*stato di una equazione pura, come un'algebra davanti al vuoto dell'uomo*»<sup>23</sup>.

Del resto, questo “*talcualismo*” rappresenta in maniera inequivocabile un prodotto delle concezioni volontaristiche del *diritto* e del *soggetto*, senza tener conto dell'auto-referenzialità e dell'auto-organizzazione dei vari sistemi e sottosistemi sociali, compresi quelli “primordiali” di socialità “indigena”. Esso, in altre parole, rivela una matrice “classica” in relazione ai soggetti di riferimento. Anche quando contiene messaggi normativi rivolti ai diritti “culturali”, è pur sempre l'individuo o la *persona* a trovarsi antropologicamente soggiacente ai suoi schemi normativi, all'interno di una specie di *superdiscorso sociale*, basato su una concezione “*giuridicista*” e piramidale dell'ordinamento giuridico.

#### 4. UN PROBLEMA DI TRADUZIONI?

Questo *superdiscorso sociale* risulta ancor più emblematico in America latina, dove la specificità della semantica storica del linguaggio costituzionale europeo si

<sup>22</sup> BARTHES, R. *Il grado zero della scrittura*. Milano: Lerici Editori, 1960.

<sup>23</sup> Ibid., p. 94.

rivela non sempre materialmente sovrapponibile con le articolate identità sociali, antropologiche, culturali e giuridiche di quel contesto. Le articolazioni latinoamericane sono del tutto singolari rispetto all'Europa.

In primo luogo, com'è noto, le lingue fondative delle identità costituzionali dell'America latina sono state lo spagnolo e il portoghese: ossia le lingue della "conquista", non sempre capaci, pur nel loro legame con lo stesso "euro-centrismo" delle grandi narrazioni collettive<sup>24</sup>, di costruire effettive condivisioni di contenuto e di efficacia tra i soggetti cui le Costituzioni formalmente si sono rivolte<sup>25</sup>, proprio a causa della loro immissione violenta e irreversibile<sup>26</sup>. L'"eccezione coloniale" ha contribuito a creare "finzioni" nelle stesse lingue ufficiali delle metropoli<sup>27</sup>.

In secondo luogo, lo spagnolo e il portoghese hanno identificato un comune *ethos ibérico* diverso da quello maturato nelle altre lingue della modernità costituzionale europea<sup>28</sup>: un *ethos* "tardivo", rispetto all'inglese e francese dei secoli XVII e XVIII e al tedesco del XIX secolo<sup>29</sup>, che ha ritardato la circolazione semantica delle acquisizioni concettuali del centro costituzionale europeo e nordamericano<sup>30</sup>. Né lo spagnolo né il portoghese hanno assunto in America la funzione di lingua franca prodotta dall'inglese<sup>31</sup>, né hanno contribuito a cementificare l'idioma identitario di una nazione o di un popolo, com'è stato appunto per il francese o per il tedesco. Per tali ragioni, prima ancora che per la loro matrice latina, le lingue costituzionali ufficiali del sub-continente si sono rivelate inadeguate a recepire letteralmente i contenuti del linguaggio costituzionale europeo (originariamente francese e inglese e poi tedesco), in quanto la intrinseca storicità dei concetti giuridici espressi da questi idiomi non ha trovato corrispondenza,

<sup>24</sup> Sulle "imposizioni" pre-moderne nelle colonie spagnole, il O' GORMAN, E. **La invención de América**. Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1995., nonché RABASA, J. **Inventing América: Spanish Historiography and the Formation of Eurocentrism**. Norman: Univ. Oklahoma Press, 1993.

<sup>25</sup> Si v., per esempio, DÍAS ARENAS, P.A. **Estado y Tercer Mundo**. Bogotá: Temis, 1997.; LORA CAM, J. **Los orígenes coloniales de la violencia política en el Perú**. Puebla: Univ. Autónoma, 2000.; SÁCHICA, L.C. **Constitucionalismo mestizo**. México DF: UNAM, 2002. In generale, come quadro prospettico, SALDANHA, N. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>26</sup> Cfr. NUZZO, L. **Il linguaggio giuridico della conquista: Strategie di controllo nelle Indie spagnole**. Napoli: Jovene, 2004.

<sup>27</sup> CONSTANTINI, D. **L'eccezione coloniale. DEP – Deportate, esuli, profughe**, n. 7, 2007.

<sup>28</sup> Sulla influenza di questo *ethos* nella costruzione dei miti e delle realtà dello Stato in America latina, si v. l'importante lavoro di LIRA, B. B. **El Estado constitucional en Hispanoamérica (1811-1991): Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo**. México DF: Escuela libre de Derecho, 1992. Sulla persistenza di questo *ethos* anche nei discorsi post-moderni sul diritto nel sub-continente, in particolare in Brasile, cfr. BÓAS FILHO, O. V. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>29</sup> Si v. sinteticamente, per la Spagna, VALIENTE, F. Tomás y. **Códigos y Constituciones 1808-1978**. Madrid: Alianza, 1989; e, per il PORTOGALLO, P. Ferreira de Cunha. **Teoria da Constituição**. Tomo I. Lisboa: Verbo, 2002.

<sup>30</sup> Per esempio, per uno spunto sulla differente semantica del lessico costituzionale spagnolo sulle identità nazionali, si v. CIPOLLINI, M. Il lessico di appartenenza nella Costituzione spagnola (un'analisi linguistica della problematica identitaria). **Spagna contemporanea**, Istituto di studi sotorieci Gaetano Salvemini, n. 24, 2003.

<sup>31</sup> Cfr. LACOSTE, Yves (Org.). **A Geopolítica do Inglês**. São Paulo: Parábola, 2005.

prima ancora che negli apparati concettuali di cui disponevano i traduttori latinoamericani, nella storia stessa dei complessi contesti in cui quei traduttori operavano.

Ne sono derivati i fenomeni di sforzo traduttorio che João Mauricio Adeodato<sup>32</sup> inquadra come incapacità di superare il mero dato linguistico, per promuovere un autonomo procedimento di concretizzazione dei significati nella realtà di recezione, e Roberto Schwarz ha stigmatizzato come «*idee-fuori-luogo*»<sup>33</sup>, in quanto rappresentative di una ideografia che l'America latina, come esperienza costituzionale, non ha contribuito ad alimentare.

Del resto, i «*singolari collettivi*» (*Kollektivsingulare*) che hanno fissato l'orizzonte dei concetti del diritto costituzionale «generale» europeo tra XVII e XIX secolo – nazione, repubblica, Stato, sovranità, Costituzione, popolo ecc...<sup>34</sup> – si radicano in Europa appunto come *Geschichtliche Grundbegriffe*, nel significato ricostruito dagli studi di Otto Brunner, Werner Conze e Reinhard Koselleck<sup>35</sup>, e pertanto risultano sradicati fuori dell'Europa. Ancorché formalmente “tradotti”, essi non hanno superato lo stadio di concetti meramente indicatori, riferiti, cioè, non alla istituzionalizzazione di un'esperienza propria del luogo, bensì a un sistema di verbalizzazioni elitarie e selettive<sup>36</sup>, in cui i fatti sono risultati interpretabili e organizzabili, soltanto perché quei fatti erano già, dentro l'ottica politica “elitaria” del momento, concetti e valori da imporre al contesto<sup>37</sup>. Ed è in questo modo che si sono diffuse categorie costituzionali come quelle di “forma di Stato” e “forma di governo”, “federalismo”, “repubblica”, “nazione”, “popolo”, riferite ad esperienze che, per contraddizione o intermittenza, non sono sfociate in un vocabolario specifico di narrazione delle vicende materiali dello Stato e delle Costituzioni dell'America latina<sup>38</sup>.

Nel costituzionalismo latinoamericano, in altri termini, quelle traduzioni hanno prodotto una scrittura/lettura “simbolica”<sup>39</sup>, spesso cristallizzata negli enunciati dei testi costituzionali, e alimentato “versanti segreti” del linguaggio giuridico dei singoli

<sup>32</sup> ADEODATO, João Maurício. A concretização normativa: Um estudo crítico. In: \_\_\_\_\_. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>33</sup> SCHWARZ, R. As ideias fora do lugar. In: \_\_\_\_\_. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades, [1992]. p. 13-28.

<sup>34</sup> KOSELLECK, R. **Futuro passato**. Genova: Marietti, 1986.

<sup>35</sup> SCUCCIMARA, L. La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali. **Storica**, Roma, n. 10, 1998.

<sup>36</sup> Sulla sorte dei “singolari collettivi” senza alternative in America latina, si v. soprattutto PALTÍ, E. **La nación como problema. Los historiadores y la “cuestión nacional”**. México DF: FCE, 2003.; CAÑIZARES-ESGUERRA, J. **How to Write the History of the New World: Histories, Epistemologies, and Identities in the Eighteenth-Century Atlantic World**. Stanford: Stanford Univ. Press, 2002.

<sup>37</sup> Cfr. MONREAL, E. N. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

<sup>38</sup> Per la comprensione del tema della inesistenza di una teoria latino-americana dello Stato, sono indispensabili i richiami a FIORI, José Luiz. **Em busca do dissenso perdido**: ensaios críticos sobre a festejada Crise do Estado. Rio de Janeiro: Insight Editorial, 1995. p. 33-37, ed FALETTO, E. La especificidad del Estado en América Latina. **Revista de la CEPAL**, n. 38, 1989, p. 69-87.

<sup>39</sup> “Simbolica” perché assume solo il segno o la forma come attributi della istituzione sociale osservata: così VALDES, J. Tapia. **Hermenéutica constitucional**: La interpretación de la Constitución en Sudamérica. Santiago del Chile: Jurídica Chile, 1973.

Paesi, a disposizione di ristrette cerchie di intellettuali, legittimando pratiche discorsive approssimative rispetto alla fonte linguistica da cui traevano ispirazione, in una ricerca di "identità" che le lingue "matri" non sono state in grado di consolidare da sé<sup>40</sup>.

Si sostiene che la "geopolitica di una lingua" si riferisca sempre all'impatto culturale e politico prodotto dalla sua propagazione in una determinata società<sup>41</sup>. Le traduzioni, dal canto loro, contribuiscono ad allargare l'orizzonte di questo impatto – come sostengono le "teorie della recezione" attraverso le scritture/letture<sup>42</sup> – non solo per le situazioni cui si riferiscono testi ed autori, ma anche, se non soprattutto, per le azioni di chi fa proprio l'esito linguistico delle traduzioni<sup>43</sup>. In tale prospettiva, effettivamente la "geopolitica delle traduzioni" in America latina contribuisce a spiegare l'impatto del linguaggio costituzionale sul "nominalismo" di quelle esperienze. Persino l'invenzione di un lessico apparentemente "autoctono" risponde alla logica dell'"altro Occidente" di "agganciare" la modernità del primo mondo, non solo attraverso la "testificazione" di enunciati e valori prodotti altrove, come testimonia la scrittura delle lunghissime Costituzioni di quei paesi<sup>44</sup>, ma anche per mezzo di una verbalizzazione fatta propria grazie comunque alle traduzioni della semantica europea, al di là della specificità storica delle fenomenologie di produzione di quei linguaggi<sup>45</sup>.

## 5. IL LESSICO COSTITUZIONALE DELLE IDENTITÀ (RIN)NEGATE

Il "*nuevo*" costituzionalismo dell'«alterità», in sperimentazione soprattutto in Ecuador e Bolivia<sup>46</sup>, sembra voler superare questa serie di vincoli coloniali-linguistici<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Sulla idea di prescrittività della cultura e dei suoi processi comunicativi, cfr. MEZEY, N. *Law as Culture*. In: SARAT, A.; SIMON, J.J. *Cultural Analysis, Cultural Studies and the Law*. Durham-London: Duke U.P., 2003.

<sup>41</sup> Si v. MULINACCI, R. [et. al.]. *Lingua è potere*. Quaderni speciali di Limes, *Rivista Italiana di geopolitica*, Roma, 2011.

<sup>42</sup> R. HOLUB, R.C. *Teoria della ricezione*. Torino: Einaudi, 1989., ma HEMPEL, C.G. *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica*. Milano: Feltrinelli, 1961., ZIMA, P.V. *Textsoziologie: Eine kritische Einführung*. Stuttgart: Metzler, 1980., PALAZZO, A. *Il linguaggio tradito*. Bari: Dedalo, 1986.

<sup>43</sup> In tal senso si pone, in particolare, l'ipotesi di SCHANK, R.C.; ABELSON, R.P. *Scripts, Plans, Goals, and Understanding: an Inquiry into Human Knowledge Structures*. New York: Halsted Press of J. Wiley and Sons, 1977.

<sup>44</sup> Lo dimostra molto bene, con riferimento al LOGROSCINO, P. Brasile: la "parzializzazione" delle modificazioni tacite della Costituzione. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV, 2009.

<sup>45</sup> Tra l'altro, in tale prospettiva si potrebbe inquadrare l'ipotesi descritta come intreccio di "formanti" e "crittotipi" del contesto latinoamericano: sulle due fondamentali categorie elaborate da Rodolfo Sacco, si v. sinteticamente R. Sacco, *Formanti*, e S. Pennicino, *Crittotipo*, entrambi in L. Pegoraro (cur.), *Glossario*, cit., 140 e 71.

<sup>46</sup> Per esempio, con riguardo alle esperienze di Bolivia ed Ecuador, FAJARDO, R. Z. Y. *Pueblos indígenas: Constituciones y reformas políticas en América latina*. Lima: ILSA-IIDS, 2010., nonché, per la specificità dei temi in Perù, il numero della rivista *Estado Constitucional*, n. 2, 2011, con l'insero Especial: *Constitución y Pueblos Indígenas*. In Italia, al tema è dedicata la sezione monografica della rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II, 2012, a cura di CARDUCCI, M., dal titolo "Il nuevo constitucionalismo» andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista".

<sup>47</sup> V. per esempio V.H. Quintanilla Coro, *Lenguaje y descolonización (Bolivia)*, in *Boletín* n. 15 del 30 de septiembre de 2011 di [www.justiciaenlosandes.org](http://www.justiciaenlosandes.org)

Tuttavia, nella presa di coscienza della impossibilità di creare un insieme unitario di vocabolari dotati di razionalità e coerenza relativamente ad un gruppo sempre più complesso e crescente di richieste o esigenze, provenienti *dal* o costruite *nel (nei)* sistema(i) sociale(i), esso riconosce i “diritti indigeni” in una prospettiva prioritariamente “culturale” del diritto costituzionale. Questo significa che esso si fa carico principalmente del problema della tutela processuale della “persona” indigeno, come singolo e come comunità<sup>48</sup>, prima ancora che della rappresentazione “politica” della comunità dentro i poteri tipici del diritto costituzionale «generale».

Anzi, proprio alla luce di quest’ultima prospettiva e nonostante l’*intentio* di “decolonizzazione” del diritto costituzionale, il linguaggio dei nuovi testi latinoamericani, raffinati e innovativi, tradisce da sé, nell’intreccio di termini “moderni” sulle identità “premoderne”, una persistenza “*talcualista*”. Parlare di diversità etniche e culturali delle *nazioni* (come sostanzialmente dichiarano le Costituzioni andine), pur nell’attestazione formale della «*preesistenza etnica e culturale dei popoli indigeni*» (come vuole la Costituzione argentina), affermando altresì che tutte le persone «*hanno diritto alla propria identità etnica e culturale*» (come dichiara l’art. 2 della Costituzione peruviana) e persino all’«*accesso alle fonti di cultura nazionali...*» (secondo l’art. 215 della Costituzione del Brasile), significa promuovere una “strategia linguistica” impregnata di “*talcualismo*”. Dopo secoli di etnocidio, ossia di distruzione non (solo) fisica, ma (soprattutto) culturale e naturale dei popoli indigeni, suona quasi beffardo riconoscerne ora, in nome di “diritti” conquistati in Occidente come libertà e imposti Oltremare come schiavitù, uno statuto “culturale”; come se quelle realtà, prima della Costituzione, non fossero *naturalmente* politiche e dunque *anche* costituzionali.

Inesorabilmente, il diritto costituzionale occidentale, verso *quel* diritto (e quegli ordinamenti): permane e si conferma nella sua identità originaria: come forza egemonicamente legittimata. Resta il diritto costituzionale della conquista...

Identità, territorio, autonomia, partecipazione, consultazione preventiva su decisioni di interesse indigeno, sviluppo, sono e restano formule imposte che, ancorché filtrate dal “riconoscimento culturale”, con la forza (del testo costituzionale) vengono dichiarate e solo ed unicamente grazie a questa forza possono essere garantite ed attuate. Non a caso, alcune comunità indigene rifiutano il riferimento alla propria giuridicità come “diritto consuetudinario”, ossia come insieme di usi e continuità razionalmente ricostruibili *ex post* dall’osservatore, in quanto è l’idea stessa di osservazione razionale dei fatti (giuridici) che sfugge a molte di quelle identità giuridiche. La stessa preferenza accordata al termine “*diritto indigeno*” intende proprio marcare questa difficoltà anche semantica, prima ancora che lessicale, di comprensione dei fenomeni.

Tale semplice constatazione dimostra che le difficoltà incontrate dal “diritto indigeno” sulla via del riconoscimento sono principalmente di *ordine politico*, ossia ancora

<sup>48</sup> NEVES, M. *Transcostitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

una volta sono quelle della “forza” del diritto costituzionale «generale» a convivere con un *altro* diritto.

Emblematico si rivela il tema della giurisdizione, il luogo *privilegiato* delle visioni di “diritto culturale”. Alcune Costituzioni riconoscono il diritto consuetudinario dei “popoli” o “comunità” indigene e dall’altro stabiliscono che gli organi giurisdizionali che applicano questo diritto debbano essere interni alla comunità. Tuttavia, allorché si tratta di tentare una qualsiasi forma di coordinamento tra di due “sistemi”, la “forza” del diritto costituzionale «generale» – quello dei poteri – prevale comunque, in nome di quel “costituzionalismo” (divisione dei poteri, terzietà del giudice, onere della prova, irretroattività ecc...) che gli “indigeni” neppure sono in grado di immaginare<sup>49</sup>. A titolo di esempio, si consideri la Colombia, fra le prime a riconoscere “la giurisdizione speciale indigena”. La Corte Costituzionale<sup>50</sup> ha stabilito che, quando l’operato dell’indigeno è sanzionato dall’ordinamento giuridico nazionale, spetta ai giudici della Repubblica, di fronte ad un «*individuo*» appartenente ad «*altra comunità culturale*», verificare che il suo atto illecito sia stato «*consapevole*» non rispetto alla legge dello Stato, bensì rispetto alla «*cultura*» della sua comunità.

Dunque, è tale “consapevolezza” a discriminare, alla fine, la competenza di foro nel giudizio. Ma come si “scopre” la “consapevolezza”? Solo apparentemente la risposta sarà “culturale”, giacché la verifica della “relazione di vita” dell’“indigeno” con il “mondo” del diritto statale dipenderà unilateralmente dal potere statale e dalle sue “strategie linguistiche”. In questo modo, la «*preesistenza etnica e culturale dei popoli indigeni*», il diritto «*alla propria identità etnica e culturale*», l’«*accesso alle fonti di cultura nazionali...*» vengono riassorbiti dalla egemonia della forza del diritto costituzionale «generale». Avere relazioni con chi da quella forza dipende, ed è tutelato, significa di per sé soggiacere ad essa: una sorta di diritto internazionale privato, costituzionalizzato con criteri di collegamento “a senso unico”. Nessuna forza, infatti, il diritto costituzionale occidentale imprime su chi – occidentale “civilizzato” – si “relaziona” con il diritto indigeno ignorandone l’identità... Certo, la Corte Costituzionale colombiana considera fondamentale «*il grado di isolamento o di integrazione dell’indigeno o della cultura della comunità alla quale appartiene rispetto alla cultura dominante*» senza considerare «*l’età di punibilità dell’indigeno, come se avesse diminuito le sue capacità intellettive o volitive, bensì in considerazione di una differenza valoriale e non di un’inferiorità intellettiva e volitiva*». Ma questo ordito di negazione costituzionale di sé non può arrivare al proprio annullamento. Ecco allora che la Corte ricorre all’autoreferenza: il riconoscimento della giurisdizione indigena incontra comunque un limite generale per le norme e i procedimenti – indigeni – «*contrari alla Costituzione e alle leggi*». Il che significa che “accanto” alla *differenza*

<sup>49</sup> MALLOL, V. J. C. **Derecho Consuetudinario y jurisdicción indígena**: El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. Valencia: Università di Valencia, 1998.

<sup>50</sup> Sentenza T-496 del 1996 della Corte Costituzionale Colombiana.

valoriale del “diritto culturale” c’è anche, e sempre, l’opzione “politica” del diritto costituzionale «generale». E il diritto costituzionale «generale» prevale su quello «culturale»; anche davanti ai giudici.

Ma qual è il posto del “fenomeno indigeno” nel diritto costituzionale «generale»<sup>51</sup>? Come ai tempi della Conquista, il diritto costituzionale (con le sue traduzioni) *resterà*, mentre il “diritto indigeno” (con la sua identità) *passerà*<sup>52</sup>?

## 6. RIFERIMENTI

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARTHES, R. **Il grado zero della scrittura**. Milano: Lerici Editori, 1960.

BÔAS FILHO, O. V. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMMARATA, R. **Indigeno a chi? Diritti e discriminazioni allo specchio**. Torino: Giappichelli, 2012.

CAÑIZARES-ESGUERRA, J. **How to Write the History of the New World**: Histories, Epistemologies, and Identities in the Eighteenth-Century Atlantic World. Stanford: Stanford Univ. Press, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Giudici legislatori?**. Milano: Giuffrè, 1984.

CARDUCCI, M. Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n. 128, 2010.

CARDUCCI, M. Il livello costituzionale dei diritti indigeni in America latina. **Annali del Seminario permanente per l’educazione giuridica**, 2007.

CARDUCCI, M. Il nuevo constitucionalismo andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista. **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**, II, 2012.

CARMAGNANI, M. **L’altro Occidente**: L’America latina dall’invasione europea al nuovo millennio. Torino: Einaudi, 2003.

CARPISO, J. La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional. **Revista de estudios políticos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 28, 1982.

CIPOLLINI, M. Il lessico di appartenenza nella Costituzione spagnola (un’analisi linguistica della problematica identitaria). **Spagna contemporanea**, Istituto di studi sotoricie Gaetano Salvemini, n. 24, 2003.

<sup>51</sup> CARDUCCI, M. Il livello costituzionale dei diritti indigeni in America latina. Ovvero il discorso Guaraní dell’uguaglianza, in **Annali del Seminario permanente per l’educazione giuridica**, 2007. p. 13-19.

<sup>52</sup> Sul tema dell’“indigeno” come sfida del presente e del futuro della convivenza civile e costituzionale, si v. invece CAMMARATA, R. **Indigeno a chi?** Diritti e discriminazioni allo specchio. Torino: Giappichelli, 2012.



CLAVERO, B. **Derecho indígena y cultura constitucional en América**. México DF: Siglo XXI, 1994.

CLAVERO, B. **Genocídio y Justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

COMANDUCCI, P.; GUASTIANI, R. (org.). **Analisi e diritto 2001**: Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2002.

CONSTANTINI, D. L'eccezione coloniale. **DEP – Deportate, esuli, profughe**, n. 7, 2007.

DÍAS ARENAS, P.A. **Estado y Tercer Mundo**. Bogotá: Temis, 1997.

FAJARDO, R. Z. Y. **Pueblos indígenas**: Constituciones y reformas políticas en América latina. Lima: ILSA-IIDS, 2010.

FALETTO, E. La especificidad del Estado en América Latina. **Revista de la CEPAL**, n. 38, 1989.

FIORI, José Luiz. **Em busca do dissenso perdido**: ensaios críticos sobre a festejada Crise do Estado. Rio de Janeiro: Insight Editorial, 1995.

GLENN, H. P. **Tradizioni giuridiche nel mondo**: La sostenibilità della differenza. Bologna: Il Mulino, 2011.

GRASSO, N. **Paradigmi di inculturazione umanistica della Costituzione**. Lecce-Cavallino: Pensa, 2009.

HEMPEL, C.G. **La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica**. Milano: Feltrinelli, 1961.

HOLUB, R.C. **Teoria della ricezione**. Torino: Einaudi, 1989.

JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: CED, 1991.

KAHN, Paul. **El estudio cultural del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2009.

KLEIN, C. **Théorie et Pratique du pouvoir constituant**. Paris: PUF, 1996.

KOSELLEK, R. **Futuro passato**. Genova: Marietti, 1986.

LACOSTE, Yves (Org.). **A Geopolítica do Inglês**. São Paulo: Parábola, 2005.

LIRA, B. B. **El Estado constitucional en Hispanoamérica (1811-1991)**: Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo. México DF: Escuela libre de Derecho, 1992.

LLOSA, M. V. **La Utopía Arcaica**: José María Arguedas y las ficciones del indigenismo. México DF: FCE, 1997.

LOGROSCINO, P. Brasile: la "parzializzazione" delle modificazioni tacite della Costituzione. **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**, IV, 2009.

LORA CAM, J. **Los orígenes coloniales de la violencia política en el Perú**. Puebla: Univ. Autónoma, 2000.

- MAC-GREGOR, E. F. **Ensayos de derecho procesal constitucional**. México DF: Porrúa, 2004.
- MALLOL, V. J. C. **Derecho Consuetudinario y jurisdicción indígena**: El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. Valencia: Università di Valencia, 1998.
- McILWAIN, C.H. **Constitutionalism in the Changing World**. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1939.
- MIGNOLO, W.D. **The Darker Side of the Renaissance**: Literacy, Territoriality, and Colonization. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Les nouvelles tendances du droit constitutionnel**. Paris: Giard, 1931.
- MONREAL, E. N. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.
- MULINACCI, R [et. al.]. *Lingua è potere*. Quaderni speciali di Limes, **Rivista Italiana di geopolitica**, Roma, 2011.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NUZZO, L. **Il linguaggio giuridico della conquista**: Strategie di controllo nelle Indie spagnole. Napoli: Jovene, 2004.
- O' GORMAN, E. **La invención de América**. Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- PALAZZO, A. **Il linguaggio tradito**. Bari: Dedalo, 1986.
- PALMISANO, A.L. **Identità delle comunità indigene del Centro America, Messico e Carabi**: aspetti culturali e antropologici. Romea: IILA, 2008.
- PALMISANO, A.L. **Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo**. Roma: IILA, 2007.
- PALMISANO, A.L. PUSTORINO, P. (org.). **Identità dei popoli indigeni**: aspetti giuridici, antropologici e linguistici. Roma: IILA, 2008.
- PALTÍ, E. **La nación como problema. Los historiadores y la "cuestión nacional"**. México DF: FCE, 2003.
- PIZZORUSSO, A. Fonti "politiche" e fonti "culturali" del diritto. In: **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman**. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1979.
- PORTOGALLO, P. Ferreira de Cunha. **Teoria da Constituição**. Tomo I. Lisboa: Verbo, 2002.
- RABASA, J. **Inventing América**: Spanish Historiography and the Formation of Eurocentrism. Norman: Univ. Oklahoma Press, 1993.
- RODOTÀ, S. Materiali per un lessico politico europeo: persona. **Filosofia politica**, Il Mulino, 2007.

ROYO, J. P.; MARTÍNEZ, J. P. U.; DURÁN, M. C. (org.). **Derecho constitucional para el Siglo XXI:** actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2006.

SÁCHICA, L.C. **Constitucionalismo mestizo.** México DF: UNAM, 2002.

SALDANHA, N. **Formação da teoria constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARAT, A; SIMON, JJ. **Cultural Analysis, Cultural Studies and the Law.** Durham-London: Duke U.P., 2003.

SCHANK, R.C.; ABELSON. R.P. **Scripts, Plans, Goals, and Understanding:** an Inquiry into Human Knowledge Structures. New York: Halsted Press of J. Wiley and Sons, 1977.

SCHWARZ, R. **Ao vencedor as batatas:** forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades, [1992].

SCUCCIMARA, L. La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali. **Storica**, Roma, n. 10, 1998.

TOSI, S. **Diritto parlamentare.** Milano: Giuffrè, 1974.

TURANO, M. **Le fonti narrative nelle scienze sociali relative all'Africa.** Roma: Aracne, 2006.

VALDES, J. Tapia. **Hermenéutica constitucional:** La interpretación de la Constitución en Sudamérica. Santiago del Chile: Jurídica Chile, 1973.

VALIENTE, F. Tomás y. **Códigos y Constituciones 1808-1978.** Madrid: Alianza, 1989.

ZEA, Leopoldo. Imperio Romano y Imperio Español en el pensamiento de Bolívar. **Rivoluzione Bolivariana - Quaderni Latinoamericani VIII/1981**, Napoli, ESI.

ZIMA, P.V. **Textsoziologie:** Eine kritische Einführung. Stuttgart: Metzler, 1980.



## Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad\*

### *New borders of the control of conventionality: the adaptation of the national law and the legislative control of conventionality*

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS\*\*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)  
npsagues@gmail.com

Recibido/Received: 12.03.2014 / March 12<sup>th</sup>, 2014

Aprovado/Approved: 17.04.2014 / April 17<sup>th</sup>, 2014

#### Resumen

El control de convencionalidad programado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido nuevas posturas. De un control judicial puramente represivo de inaplicación de normas nacionales contrarias al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha pasado a crear un control "constructivo" de convencionalidad, a fin de adaptar las reglas nacionales al referido Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana. Además, el control de convencionalidad debe ser realizado por todos los órganos del Estado, como el Poder Legislativo, y especialmente los más vinculados con la administración de justicia.

**Palabras-clave:** Control de convencionalidad; reciclaje del derecho nacional; control legisferante de convencionalidad; control represivo y control constructivo de convencionalidad.

#### Abstract

*The control of conventionality programmed by the Inter-American Court of human rights has taken on new positions. From a purely repressive judicial control of non-application of national rules which are contrary to the Pact of San José of Costa Rica and to the jurisprudence of the Inter-American Court, it started to create a "constructive" control of conventionality, in order to adapt the national rules to the referred Covenant and to the jurisprudence of the Inter-American Court. In addition, the control of conventionality should be done by all organs of the State, such as the legislative branch, and especially those most associated with the administration of Justice.*

**Keywords:** Control of conventionality; adaptation of the national law; legislative control of conventionality; repressive and constructive control of conventionality.

Como citar este artículo | How to cite this article: SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>

\* El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Artículo escrito en homenaje a Rubén Hernández Valle.

\*\* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid (España) y por la Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Profesor investigador de la Universidad Católica Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Magistrado judicial retirado. Autor de diversos libros en derecho público, académico nacional y doctor honoris causa por diez universidades.

## SUMARIO

**1.** Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad; **2.** Un avance del control de convencionalidad: el practicado por órganos nomogenéticos nacionales; **3.** Las inconventionalidades sobrevinientes; **4.** La construcción de la doctrina del control de convencionalidad; **6.** Referencias.

### 1. LOS ROLES REPRESIVOS Y CONSTRUCTIVOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

La misión clásica del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, consistió en cumplir un papel típicamente *represivo*: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica<sup>1</sup> y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber a realizar “de oficio” por dichos jueces, sobre todas las normas nacionales (caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*), y finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, v. gr., de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, *Gelman vs. Uruguay*, 2011, con referencia a la llamada “ley de caducidad”, o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados militares durante la última dictadura).

Junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un *reciclaje de la norma nacional*, sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso *Radilla Pacheco vs. México*, párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya –si bien escuetamente– la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 233, y sus citas de *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú*), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>1</sup> En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de *bloque de convencionalidad*, como agudamente lo denomina, v. gr., Eduardo Ferrer Mac Gregor. Cf. FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, en SAIZ ARNAZ Alejandro; FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). **Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa**. México: Porrúa-UNAM, 2012. p. 109, 92.

Ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones*, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de *construcción de interpretaciones*, mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* (cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), *mutativas por sustracción* (al revés, si se *quita* algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* (también son llamadas “sustitutivas”), donde el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados<sup>2</sup>. El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo), *manipulativas* o *modulativas*.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconvencionalidad, de esa reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

<sup>2</sup> Derivamos también al lector cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución “convencionalizada”. En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coord.). **La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos**. Santiago de Chile: Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014. p. 15; SAGÜÉS, Néstor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “constitución convencionalizada”. En von BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). **Estudios avanzados de direitos humanos**. Río de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 617; SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada**. México: Porrúa, 2013. p. 356.

## 2. UN AVANCE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL PRACTICADO POR ÓRGANOS NOMOGENÉTICOS NACIONALES

En la sentencia del 20 de marzo de 2013, sobre supervisión del cumplimiento del fallo “Gelman vs. Uruguay” del 24 de febrero de 2011, y que a los fines didácticos llamaremos el fallo *Gelman 2*, la Corte Interamericana va a subrayar el papel del control de convencionalidad “tanto en la *emisión* y aplicación de normas” (párrafo 69, la bastardilla es nuestra), con lo que está alertando que dicho control asume nuevas poses jurídicas:

a) en primer término, es un mensaje para los operadores nacionales que “emiten” normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores “inferiores”, como es el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo –algunas veces– de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, al sancionar su “reglamento interior” a tenor del art. 113 de la constitución nacional),<sup>3</sup> o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa.

En tal sentido, conviene agregar que ciertas cortes o tribunales supremos, al estilo del estadounidense en *Cooper vs. Aaron*,<sup>4</sup> se han arrogado, y han consolidado su actitud por derecho constitucional consuetudinario, la facultad de sentar líneas jurisprudenciales que deben ser seguidas obligatoriamente por los tribunales inferiores. En tal supuesto, su doctrina judicial importa igualmente, y en lo material, *norma*, y está captada por la doctrina del control de convencionalidad.

También es del caso prevenir que otros tribunales constitucionales han conferido valor obligatorio a sus precedentes, no por explícita disposición constitucional, sino legal, por ejemplo enunciada en un código procesal constitucional<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Algunas veces, ciertos códigos procesales han habilitado a algunos tribunales, por ejemplo de segunda instancia, a dictar “acuerdos” plenos o plenarios, que sientan doctrina judicial obligatoria para los jueces inferiores a ellos. Tales acuerdos generan asimismo normas, bien que con aplicación limitada. Esa aptitud legisferante ha provocado discusiones sobre su constitucionalidad, por entender, sus objetores, que afecta el principio de división de los poderes.

<sup>4</sup> En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado, igualmente por vía jurisprudencial, una regla similar a la de *Cooper vs. Aaron*, aunque con la salvedad de que los jueces pueden apartarse de su doctrina judicial dando razones valederas y nuevas para así hacerlo. Nos remitimos a cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos.**, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Editorial Ad-Hoc, 2006. p. 267; SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario**, 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 2013. p. 184.

<sup>5</sup> Cf. ETO CRUZ. Gerardo. Presentación. En TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). **El precedente constitucional vinculante en el Perú**. Lima: Adrus, 2009. p.9/10.

b) En segundo lugar, es un control de tipo mixto, por un lado *preventivo*, en el sentido que debe realizarse *antes* de emitir la norma, redactándola conforme con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y por otro, *reparador*, a fin de auto abolir las normas que el órgano materialmente legisferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referidas convención y doctrina judicial interamericanas. En el caso argentino, la derogación congresional de las leyes de “obediencia debida” y de “punto final”, que de hecho importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el derecho internacional de los derechos humanos perpetrados durante el régimen militar de 1976/83, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador.

Por supuesto, ambas dimensiones (la preventiva y la reparadora), son importantes. Desde una visualización pragmática, cabe destacar, sin perjuicio de la segunda, a la primera, ya que si el órgano legisferante evita emitir reglas inconventionales, ahorrará muchos esfuerzos jurídicos y políticos, al propio órgano y a otros (v. gr., jueces), necesarios para inaplicar normas que padezcan del referido defecto de inconventionalidad. Así, el constituyente deberá evitar promulgar reglas constitucionales disidentes con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, circunstancia que implica un serio tope *heterónomo* a sus competencias, y lo mismo tendrá que hacer el legislador común. Tal actitud de abstinencia normativa comienza –felizmente- a hacerse carne en diversos escenarios latinoamericanos.

c) c) Una variante peculiar de este contralor preventivo la tenemos, v. gr., cuando el legislador nacional *recurre explícitamente al Pacto de San José de Costa Rica para hacer operar parte del derecho local*. Así, por ejemplo, cuando indica que cierta norma nacional debe entenderse conforme al Pacto. Una muestra de ello ha sido la ley 26.854 de la República Argentina, sancionada en 2013, sobre regulación del ejercicio de medidas cautelares contra el Estado, por cierto muy criticada por el papel excesivamente limitativo con que condiciona a tales diligencias precautorias, pero que en varias partes de su articulado se remite, para facilitar tales diligencias y moderar el rigor legal, al caso en que *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos...* (la bastardilla es nuestra)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> La ley argentina 26.854, alude varias veces al concepto de “vida digna”, como elemento generador de un trato más favorable en la provisión de ciertas medidas cautelares contra el Estado nacional.

a) lo hace, en primer lugar, en su art. 2º inc. 2, cuando puntualiza que “la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando su trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos*, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental” (la bastardilla es nuestra). En esta cláusula, la “vida digna” está operando como un factor (entre otros) habilitante de medidas cautelares ante magistrados incompetentes. Importa, pues, una excepción: si la medida cautelar no estuviera programada para satisfacer una vida digna, o alguno de los otros bienes aludidos, no resultaría viable ante un juez incompetente.



La ley 26.854, por tanto, ha adoptado el concepto de “vida digna” gestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un factor de trato favorable para ciertas medidas cautelares tendientes a tutelarlos. Dicha consideración privilegiada se traduce en la posibilidad de presentarlas ante un juez incompetente, de no requerir un informe previo para la expedición de la cautela, eximir al juez del deber de fijar un plazo para su vigencia, habilitarla con una simple caución juratoria, y otorgar el recurso de apelación contra la medida, con efecto devolutivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos acuñó la idea de “vida digna” aglutinando dos derechos fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica (o Convención Americana sobre Derechos Humanos): los de vida y dignidad. También describió su antítesis, el de “vida indigna”, que provoca responsabilidad internacional para el Estado del caso.

El tribunal interamericano desarrolló tales conceptos primero en tutela de los derechos de reclusos, especialmente menores, pero después lo proyectó en materia de comunidades indígenas, y finalmente en términos más amplios. Muestra de esa evolución son, por ejemplo, los casos *Instituto de Reeducação del Menor vs. Paraguay* (párrafos 159, 160, 170, 176), *García Asto vs. Perú* (párrafo 221), *Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay* (párrafos 162, 163), *Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* (párrafos 159, 196, 203, 208, 211), *Ximenes Lopes vs. Brasil* (párrafos 127 a 132, 138 a 140), *Zambrano López vs. Ecuador* (párrafo 81), etc.

El concepto de “vida digna” es abierto y flexible. Para la Corte Interamericana, significa que la vida debe estar complementada por la existencia de otros elementos que son mínimos, esenciales o sustanciales a la dignidad humana.

---

b) A su turno, el art. 4º inc. 3 de la misma ley, expone que “las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada”. Aquí la norma confiere al valor “vida digna” (y a los otros bienes mencionados en el art. 2º inc. 2), una situación privilegiada: exime potencialmente de la tramitación y resolución de la medida cautelar, un informe previo a la autoridad pública demandada.

c) El art. 5º, segundo párrafo, después de enunciar (en el primero) que las medidas cautelares cuentan con un plazo de duración, que deberá ser obligatoriamente dispuesto por el juez del caso, alerta que “no procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inciso 2.” Ello acarrea una singular vigorización temporal para tales medidas, algo que puede ser decisivo para el éxito de una demanda.

d) El art. 10, inciso 2, permite expedir medidas cautelares relativas a los casos del art. 2º inc. 2, con una mera caución juratoria (las otras cautelares, deberán cubrir caución real o personal).

e) El art. 13 inc. 3, párrafo segundo, establece que las apelaciones contra las medidas cautelares dispuestas en primera instancia ordenando la suspensión de los efectos de una ley o de un reglamento, “tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inciso 2.” También aquí la ley 26.854 trata con mayor benignidad a las medidas precautorias ordenadas a amparar la “vida digna”, cuando suspendieren la aplicación de leyes o reglamentos del mismo rango que ley, las que, cuando son concedidas inicialmente, se ejecutan lo mismo aunque fueren apeladas (el recurso será entonces con efecto devolutivo).

La suma de estas normas de trato favorable para las medidas cautelares adoptadas en defensa de la vida digna, es por cierto significativa: alivia recaudos de competencia, de un requerimiento de informe al demandado, de determinación de plazo de validez, flexibiliza la contracautela y da vigor ejecutivo a lo resuelto, pese a que la resolución admisorio se encontrase recurrida.

El derecho al desarrollo de una “vida digna” implica conductas negativas para el Estado (no atentar contra la vida), pero muchas más, de tipo positivo y prestacional, concretas además, que se vuelven más apremiantes ante supuestos de sujetos o grupos de personas en situación de vulnerabilidad y de riesgo.

El Tribunal interamericano ha realizado múltiples especificaciones del concepto de “vida digna” ante situaciones muy diversas. Con referencia a presos, por ejemplo, y entre otros, ha mencionado su derecho a la vida, integridad personal, ausencia de tratos y castigos degradantes, separación entre presos y condenados, entre adultos y menores, precaución ante riesgos como incendios o agresiones. Si el detenido es niño, la preocupación estatal debe ser mayor, por su vulnerabilidad, debiendo incurrir asimismo en todas las áreas concernientes al futuro desarrollo físico e intelectual del menor. Respecto de indígenas, ha descrito su derecho a la salud, ambiente sano, alimentación, propiedad comunitaria, recursos naturales, habitación, educación y beneficios de la cultura. Con relación a discapacitados mentales, su derecho a tratamientos médicos eficaces, dignos y lo menos restrictivos posibles.

En general, el concepto o principio de “vida digna” es dinámico y en definitiva, materialmente, nomogenético: alberga y genera nuevas puntualizaciones de derechos (o si se prefiere, de subderechos), inferidos de los expresa y escuetamente declarados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea generalmente a cargo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, los jueces nacionales, en virtud del control de convencionalidad, también pueden realizar tales proyecciones, como agentes que son del sistema interamericano de derechos humanos. No deben operar, en efecto, como meros repetidores del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: igualmente, les toca expandir los derechos ante nuevos escenarios y conflictos.

La solución adoptada por la ley argentina 26.854, sin ser aislada, no es frecuente en el derecho comparado: ocurre cuando una ley nacional remite, en puntos de relevancia, a un texto y a unas reglas jurisprudenciales elaboradas por un tribunal regional. Esa derivación, que no es estática sino abierta y evolutiva, resulta pues de sumo interés. Quizá no habría sido necesaria, porque el concepto de “vida digna” emergente del Pacto de San José y construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era de todos modos obligatorio, según la doctrina del control de convencionalidad; pero de todos modos es atractiva, como muestra del refuerzo de tal control y del engarce entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, habrá que ver de qué modo los operadores locales procesan y despliegan tal mecanismo, que desde otra perspectiva, puede aportar datos provechosos en el diálogo entre las cortes nacionales y la corte interamericana. De momento, ello impone para jueces y abogados una constante y actualizada información sobre las aplicaciones

y especificaciones, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del principio de “vida digna”.

### 3. LAS INCONVENCIONALIDADES SOBREVINIENTES.

Puede ocurrir que una norma elaborada por un sujeto legisferante nacional resulte inicialmente “convencional” (en cuanto que no colisiona con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país del caso, ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pero que *después* se transforme en inconventional, v. gr. si una nueva jurisprudencia de dicha Corte Interamericana colisiona con aquella norma nacional, o si el Estado ratifica un nuevo tratado opuesto a la norma en cuestión, o si modifica uno preexistente, con iguales resultados.

Estas posibles inconventionalidades “sobrevinientes” obligarían a sanear el orden jurídico nacional, inaplicando o dejando sin efecto la regla doméstica originalmente convencional, pero más tarde inconventional. Este trabajo correría a cargo de los jueces, en el marco de sus competencias, pero también del órgano emisor de las normas internas involucradas en el problema. Ello empalma con el principio del “efecto útil” de los tratados, reflejado v. gr. en el art. 2-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando indica que con relación a los derechos y libertades reconocidos por ella, “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a la disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Tal “efecto útil”, de larga prosapia en el derecho internacional, estaba hasta hace pocas décadas entendido como una suerte de gentil invitación para los estados nacionales, en el sentido de adaptar, del modo y en el momento en que quisieran, sus normas a los tratados de derechos humanos que suscribieran. Más que una regla de derecho positivo coactiva para ellos, parecía una suerte de acto de cortesía que, si se incumplía, pocas consecuencias provocaba, salvo algunos escasos suspiros académicos. Además, si el tratado afectaba a la Constitución, el principio de supremacía constitucional, entendido graníticamente, blindaba contra cualquier posible intento de “utilidad” de ese “efecto útil” del tratado.

Es notorio que la doctrina del control de convencionalidad, tal como ha sido pergeñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responde a parámetros bien distintos, en el sentido que confiere al principio del “efecto útil” una decidida operatividad compulsiva. Si los Estados tienen que “adoptar” medidas legislativas “o de otro carácter” para cumplir con la Convención, tendrán que modificar las reglas internas contrapuestas con ella, lo que importa un deber, entre otros, de reformar ese derecho interno, incluyendo al constitucional. Naturalmente, antes de consumar una reforma, está la provechosa atención del entendimiento “conforme” de ese derecho interno, con

el Pacto de San José de Costa Rica, como –según vimos– se indicó en “Radilla Pacheco vs. México”, tanto en materia de interpretaciones “legislativas” como “constitucionales”, según vimos. En eso, el intérprete-operador nacional debe extremar su imaginación y creatividad. Tiene que saber encontrar recetas anteriores, o diseñar nuevos productos interpretativos de la norma interna legal o constitucional, para hacerla compatible con el texto del Pacto de San José de Costa Rica y las pautas jurisprudenciales que produzca la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### 4. LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

El lector podrá advertir que la doctrina del control de convencionalidad diseñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tiene un desarrollo lineal ni absolutamente coherente. Abundan los zigzagueos, los avances y los despliegues no siempre armónicos. Su formulación es tipo aluvional: va creciendo con la sedimentación de diferentes casos donde el referido tribunal formula explicitaciones y avances. Como típica construcción pretoriana, no tiene la estructuración sistemática que podría esperarse de un producto legislativo como el de un código procesal constitucional, si vale el ejemplo.

En definitiva, el operador nacional (juez, funcionario estatal en general, abogados, legisladores, etc.), debe pues estar atento al curso de los veredictos de la Corte Interamericana, que como apreciación global, han incrementado y siguen incrementando la superficie y la intensidad del control de convencionalidad dibujado en fallos liminares como *Almonacid Arellano vs. Chile*. La falta de información equivale aquí a desconocimiento de avances muy relevantes en la materia que abordamos.

El control de convencionalidad, que corre parejo con el control de constitucionalidad, mediante mutuas complementaciones, importa por ende un verdadero ejercicio jurídico al que mentes formadas en conjuntos normativos orgánicos y autosuficientes, al estilo de los códigos clásicos gestados en la centuria decimonónica, no siempre están entrenadas para asumir y practicar. Pero el desafío existe y debe ser atendido.

## 5. REFERENCIAS

BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Río de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coord.). **La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos**. Santiago de Chile: Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014.

SAIZ ARNAZ Alejandro; FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). **Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa**. México: Porrúa-UNAM, 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada**. México: Porrúa, 2013.

\_\_\_\_\_. **Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos**., Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Editorial Ad-Hoc, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario**, 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 2013.

TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.). **El precedente constitucional vinculante en el Perú**. Lima: Adrus, 2009.



## Semantics and legal interpretation: an approach from a comparative study of the value of embryonic life under the Argentine and U.S. constitutional case law\*

### *Semântica e interpretação jurídica: uma abordagem a partir de um estudo comparativo do valor da vida dos embriões na jurisprudência constitucional da Argentina e dos Estados Unidos*

MARÍA DEL PILAR ZAMBRANO\*\*

Universidad Austral (Argentina)  
pzambrano@ius.austral.edu.ar

ESTELA B. SACRISTÁN\*\*\*

Universidad Católica Argentina (Argentina)  
Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina)  
es@bgcv.com.ar

Recebido/Received: 12.02.2014 / February 12<sup>th</sup>, 2014

Aprovado/Approved: 02.03.2014 / March 2<sup>nd</sup>, 2014

#### Resumo

O artigo analisa a questão da interpretação jurídica da Constituição à luz de uma abordagem comparada entre a jurisprudência da Argentina e dos Estados Unidos a respeito do valor conferido à vida dos embriões.

**Palavras-chave:** semântica; interpretação jurídica; Direito Comparado; vida dos embriões; jurisprudência constitucional argentina; jurisprudência constitucional dos Estados Unidos.

#### Abstract

The paper analyzes the issue of legal interpretation of the Constitution in the light of a comparative approach between the case law of Argentina and the United States about the value attributed to embryonic life.

**Keywords:** semantics; legal interpretation; Comparative Law; embryonic life; Argentine constitutional case law; U.S. constitutional case law.

Como citar este artigo | How to cite this article: ZAMBRANO, María del Pilar; SACRISTÁN, Estela B. Semantics and legal interpretation: an approach from a comparative study of the value of embryonic life under the Argentine and U.S. constitutional case law. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 33-65, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40510>

\* Previously published in *Journal of Civil Law Studies*, Center of Civil Law Studies, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, summer 2013, vol. 6, # 1, ps. 97/140

\*\* Professor of Philosophy of Law – Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Doctorate in Law – Universidad de Navarra, España. Adjunct Researcher – Consejo Nacional Investigaciones Científicas y Técnicas – CONICET, Argentina. Former Research Fellow – Instituto Cultura y Sociedad, Universidad de Navarra, 2011-2013.

\*\*\* Associate Professor of Administrative Law – Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctorate in Law – Universidad de Buenos Aires. Invited Professor – Universidad Austral. Full Professor of Case Law and Doctrine – Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Posdoctoral Fellow – Universidad Católica Argentina.

## CONTENTS

**I.** Introduction; **II.** The Embryo in U.S. Constitutional Case Law; **III.** The Embryo in Argentine Constitutional Case Law; **IV.** A Comparative Synthesis from the Teleological and Semantic Point of View; **V.** Which Semantic Theory Should Govern Legal Practice? **VI.** References.

### I. INTRODUCTION

The question regarding the legal status of the embryo hinges around a more conceptual—or, rather, more fundamental—legal distinction, namely, the distinction between “things” and “persons.” What is involved here is determining whether embryonic human life is personal life and, thus, whether the embryo has rights, or whether it is just the object of somebody else’s rights.

This radical discussion becomes apparent in other more technical and concrete debates about the relationship between the value of human life and its stage of biological development, or its viability perspectives<sup>1</sup>. The claim that the legal value of embryonic life depends upon its stage of development and its viability perspectives is, as shall be discussed later, one of the main arguments in favor of the right to abortion in American constitutional case law and, extensively, in favor of the right—and sometimes duty—to discard embryos. This claim is grounded, at least, on two normative propositions. According to the first one, constitutional norms would admit the existence of legal personhood only after birth; and/or would make the legal value of non-personal unborn life depend on its viability. The second proposition states that, in the light of the un-personhood of the embryo, the constitutional principle of equality would not be applicable to them.

As shall be described, Argentine constitutional case law rejects—with some exceptions—those distinctions based upon the contrary normative premises, according to which constitutional principles admit the personal quality in each and every human being from the time of conception, which is, in turn, set at the moment of fertilization. On this basis, it is understood that these same norms would recognize equal dignity in every person and would proscribe making the legal value of human life—which is always the life of a person—depend on the stage of development or on the (chances of) viability inside or outside the mother’s womb.

---

<sup>1</sup> In statutory law, this claim has been performed by means of the much discussed conceptual distinction between embryos and “pre-embryos” as can be seen, for example, in Spanish legislation concerning the donation and use of embryos (Ley No. 42, 1988) for therapeutic or scientific research use, and the Law concerning assisted reproduction (Ley No. 35, 1988). For a critical review of the ethical and legal implications of this conceptual distinction in American Constitutional Law, see, e.g., VINCINGUERRA, Joshua S. Showing “Special Respect” – Permitting the Gestation of Abandoned Preembryos. *Albany Law Journal of Science & Technology*, Albany, v. 9, p. 399-422, 1999. p. 405; and more recently STENGER, Robert. Embryos, Fetuses and Babies: Treated as Persons and Treated with Respect, *Journal of Health & Biomedical Law*, Boston, v.2, n.1, p. 33-67, 2006. p.33.

Two mutually complementary analyses will be examined in the next paragraphs. An Argentine and U.S. case law review will be carried out in order to infer the arguments that have been posed in both constitutional practices regarding the acceptance or rejection of those conceptual distinctions (sections II & III).

This comparative approach is justified by the fact that, as it has been insistently pointed out by various *ius*-philosophical schools of thought, the abstract nature of constitutional language is an open door to political, ethical, and philosophical assessments or, in Rawlsian terms, to the “comprehensive conceptions” of those who interpret and adjudicate law. In this light, although the arguments for legal protection of embryonic life and the counterarguments for a lack of legal protection of embryonic life arise in different normative contexts, the creative nature of constitutional interpretation justifies the comparative approach propounded in this review.

However, there is more to constitutional interpretation than mere creativity. In order to be framed within a particular legal practice, legal interpretation should confine itself to two kinds of requirements. On the one hand, it should be coherent with the values, goods or ends that should be common to all legal practices in order to distinguish themselves from sheer violence<sup>2</sup>. On the other hand, legal interpretation should conform to the way that the particular legal practice within which it finds itself determines those common values, goods or ends which are common to all legal practices. This means that it should take into account the semantic and syntactic rules that apply to the legal statements under interpretation.

Creativity in interpretation operates, accordingly, within the framework of two margins: the teleological one and the linguistic or, more generally, the semantic one. These restrictions to interpretative creativity also set logical limits to the transposition of arguments from one constitutional practice, such as that of the U.S., to another, such as that of Argentina. Therefore, the benefit of the proposed comparative analysis will

---

<sup>2</sup> See ZAMBRANO, Pilar. **La inevitable creatividad en la interpretación jurídica una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. Among the many authors who agree on the description of interpretation as a comprehensive task which includes a creative dimension, not to be confused with unrestricted discretion, see DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Chapters. I-IV; DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. Chapters. I-VI; DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 65-68; 411-413; DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p.10; DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 18-21. For a critical review in Spanish language of Dworkin's proposal, see ZAMBRANO, Pilar. Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en el Derecho. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin. **Persona y Derecho**, n. 56, p. 281-326, 2007; and ZAMBRANO, Pilar. **La inevitable creatividad en la interpretación jurídica una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. p. 37-53. The most relevant author insisting on the possible synthesis of creativity and objectivity in interpretation, outside the English language field, is perhaps ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989. p.17.



depend upon the adequacy of the questions that are posed. With these restrictions in mind, the questions that this comparative study aims to answer are:

(a) Which is the justificatory or teleological perspective of interpretation assumed or postulated in each of these case law practices? (section IV. B(1))

(b) Which is the semantic theory underlining the whole interpretative process in each of these case law practices? (section IV. B(2))

(c) Which of these teleological and semantic postulates best fit the final aims or values of constitutional law? (section V)

In the end, we aim to reflect upon the reciprocal influence between these two margins of interpretation. Particularly, we intend to test the coherence between, on the one side, the claim that fundamental rights are deontological and, on the other, the assumption of a constructive or criterial semantic theory of language in the interpretation of the concept of legal personhood (section V).

## II. THE EMBRYO IN U.S. CONSTITUTIONAL CASE LAW

Although the status of the embryo is not regulated by federal statutory law, it may be induced from the federal Supreme Court decisions concerning the issue of abortion that, as a whole, establish the legal status of the unborn in its various gestational stages. The leading cases in this line are the well-known *Roe v. Wade*<sup>3</sup> and *Casey*<sup>4</sup>.

### A. *The Value of the Embryo's Life under Roe v. Wade*

The famous case of *Roe v. Wade*, argued before the United States Supreme Court, challenged a Texas criminal abortion statute which penalized abortions in all cases, except when pregnancy meant a risk to the life of the mother.

The District Court found the Texas Act unconstitutional in the light of the 9<sup>th</sup> Amendment, which admits implicit rights stemming from in the U.S. Constitution, but denied the injunction that would have allowed Roe to benefit from this unconstitutionality. Roe filed for an appeal to have the original decision upheld, and to obtain the injunction<sup>5</sup>.

The Supreme Court analyzed Roe's claim in the light of the fundamental right to privacy, a right that, even if not explicitly mentioned in the U.S. Constitution, had been recognized by the Court in previous cases as a necessary dimension of other liberty rights that were explicitly recognized<sup>6</sup>. The Court, then, had to decide whether the choice to abort was one of the dimensions of that fundamental right or preferred

<sup>3</sup> *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

<sup>4</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US 833 (1992).

<sup>5</sup> *Roe v. Wade*, 410 US at 122.

<sup>6</sup> *Id.* at 153-55.

freedom, what its extent was, and to which constitutional clause it was related. These decisions called for a previous determination as to the moment in which the U.S. Constitution admits the existence of personhood in law. In this sense, the Court asserted that:

*The appellee and certain amici argue that the fetus is a “person” within the language and meaning of the Fourteenth Amendment. . . . If this suggestion of personhood is established, the appellant’s case, of course, collapses, for the fetus’ right to life would then be guaranteed specifically by the Amendment.<sup>7</sup>*

The majority solved this interpretative question by denying the fetus’s personhood on the basis of semantic, syntactic and historical arguments. From both the semantic and the syntactic points of view, it was argued that none of the constitutional clauses define the meaning of the word “person,” and that each time such word is used, it is with reference to human beings that have already been born<sup>8</sup>. From the historical point of view, it was stated that at the time that the 14<sup>th</sup> Amendment was passed, and during most of the nineteenth century, state legislation relating to abortion was much more permissive than it currently was. This historical fact, combined with the presumption that the authors of the Texas legislation under review knew about this legal context, would indicate that the constitutional drafters had no intention to include the *unborn* as subject to the rights established in that Amendment<sup>9</sup>. Relying on these arguments, the Court concluded that the term “person,” as used in the Constitution, does not apply to the unborn<sup>10</sup>.

Out of conceptual necessity, the denial of the personhood of the unborn became the denial of the right to life before birth. But this denial did not prevent the United States Supreme Court from recognizing a legitimate state interest in the protection of embryonic and fetal life, which was called “potential human life.” Nevertheless, as the right to abortion had been recognized as a “preferred freedom” or “fundamental right,” the constitutionality of the rules regulating abortion in view of this interest depended on whether or not they passed the strict scrutiny test: that is, the requirement that the states justify both the compelling nature of the interests at stake and the norms they are seeking to promote – i.e., that a compelling state interest exists, as well as the necessary relationship between them<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> *Id.* at 157.

<sup>8</sup> *Id.* at 158.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.* at 159.

Based on this, the Court recognized the already renowned three-stage balancing of rights that is comprised of the right of the mother to abort, and the two state interests that have been deemed legitimate<sup>12</sup>. According to this three-stage concept, the Court understood that it is only during the third trimester that the state interest in the protection of the “potential human life” acquires enough relevance so as to justify the criminalization of abortion.

### *B. Balancing the Right to Abortion and the State Interest in Potential Human Life*

Regarding our object of interest, *Roe*’s conceptual inheritance is that legal personhood is not recognized by constitutional text and practice until birth, but, nevertheless, there is a legitimate state interest in “potential human life” from the moment of conception.

Taking *Casey*<sup>13</sup> as a landmark case in post-*Roe* case law, the balancing standards between the right of the mother to abort and the state interest in potential human life were constructed around the following issues: (a) whether states were or were not enabled to set forth a legal duty that women perform fetal viability tests prior to the abortive proceedings that were carried out during the second trimester; (b) what was the constitutionally admissible content of informed consent prior to abortive proceedings, and who had to provide it; and (c) whether or not the states were enabled to promote their interest in potential human life by means other than prohibiting abortion during the first two trimesters.

Regarding the issue of compulsory fetal viability exams, the Court issued contradictory statements, first banishing them and then opening the way to them<sup>14</sup>. With varied grounds and a crucially tight majority, the Court cleared the way in *Webster*, affirming that state regulations could establish compulsory pre-procedure medical viability tests independent from the trimester in which the tests were ordered, under the sole condition that viability was possible according to ordinary medical criteria and the exams did not pose a risk to the mother’s health<sup>15</sup>.

As to the content of informed consent, the Court found that any state regulations aimed at deterring the mother from her decision to abort rather than informing her about the risks involved in an abortion proceeding were contrary to the Constitution.

<sup>12</sup> *Id.* at 163-64.

<sup>13</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, 505 US 833.

<sup>14</sup> See *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 US 52, 63-65 (1976), banishing State intrusion, and *Colautti v. Franklin*, 439 US 379, 390-97 (1979), allowing it.

<sup>15</sup> *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 US 490, 515-21 (opinion of Rehnquist, C.J., White, J. and Kennedy, J.); 526 (concurring opinion of O’Connor, J.); and 538 (concurring opinion of Scalia, J.) (1989).

These regulations were deemed to ignore the trimester scheme involved in *Roe*, and were therefore deemed unconstitutional<sup>16</sup>.

Finally, in what regards the non-coercive use of the sovereign power, the Court held, invariably—although on a tight majority—that the states were not under an obligation to assign public funds to provide abortions nor were they under an obligation to perform abortive proceedings in public health institutions, even when either of those choices implicitly promoted childbirth over abortion<sup>17</sup>. Along this line of thought, it was also held that a state could lawfully establish that human life starts at conception in so far as such statement did not have the practical effect of casting aside the balancing trimester schema<sup>18</sup>.

To sum up, as it was pointed out in the plurality opinion in *Webster*, the Court had progressively become a kind of medical committee, assisted by legislative powers, regarding the most varied implications of abortive proceedings: establishing how long of a waiting period prior to abortion procedures the law should set; what issues had to be included in the informed consent and which were to be excluded; who could provide the informed consent; when was it legitimate to conclude that the fetus was viable and when was it legitimate to conclude it was not viable; what the consequences were; etc.<sup>19</sup>

Along this process, the function of the *Roe* tripartite schema became blurred and increasingly murky. It was expected that it would provide clear and precise criteria regarding the way in which the state's interests and the case law-based rights of the mother to abort were to be balanced; however, only case law dealing with informed consent stands as a seamless application of the schema. The remainder of the questions posed before the Court only succeeded in stretching the strings to the breaking point, as was highlighted particularly in *Webster*, in which four judges issued a dissenting opinion,<sup>20</sup> but no explicit majority was reached because there were not five judges reaffirming or holding the constitutional validity of *Roe*.

In addition to all this, the decisions of the Court were almost always made, as in *Roe*, with an extremely narrow majority that remained united at the level of the judgment, but at variance when it came to providing the reasoning for the decisions. Disparate grounds and miniscule majorities resulted in an unsurprisingly complex set of rules that offered, to the law community in general, and the states' highest courts in

<sup>16</sup> See *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US (1983), 443-45; later confirmed in *Thornburgh v. American College of Obst. & Gyn.*, 476 US 747, 762-63 (1986).

<sup>17</sup> See *Maier v. Roe*, 432 US 464, 475-79 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 US 519, 521 (1977); *Harris v. McRae*, 448 US 297, 325 (1980).

<sup>18</sup> *Webster v. Reproductive Health Svcs*, 492 US at 513.

<sup>19</sup> *Id.* at 517-18.

<sup>20</sup> Blackmun and Stevens, JJ. issued dissenting opinions, and Brennan and Marshall, JJ. joined Blackmun, J.'s opinion.

particular, confusion instead of clarity. This state of confusion was specifically acknowledged by the majority in *Casey*,<sup>21</sup> and this is why it could be affirmed that the cards were, in a way, reshuffled.

Indeed, in *Casey*, the Court revised both the tripartite temporal schema and the rights and interests balancing criteria. Regarding the schema, it was decided that the viability of the fetus outside the mother's womb, and not the length of the pregnancy (i.e., the third trimester) is what established the point at which the state interest in protecting "potential human life" becomes compelling enough to legitimize a ban on abortion. Regarding the balancing criteria, it was admitted that, even prior to viability, the state interest in protecting and promoting potential human life is important enough to enable the states to legitimately promote said potential human life in an active manner, provided that this promotion did not presuppose an obstacle or an undue burden on the exercise of the right to abort. On these grounds, and contrary to prior decisions, it declared that state measures aimed at discouraging the mother from the decision to abort were constitutionally valid.<sup>22</sup>

### *C. Some Conclusions*

According to this review, it can be gathered that the value of human life is not uniform according to the United States Supreme Court case law regarding abortion, for it varies according to the development stage that the fetus may have reached. Three different stages can be individualized. The first would correspond to "non-viable potential human life," which starts at conception and lasts until the moment when the fetus is viable *outside* the mother's womb, with or without artificial assistance. The second stage would correspond to "viable potential human life," and it would start at the beginning of viability outside the mother's womb, until birth. The third stage is personal human life, which starts at birth and ends with natural death.

Embryos would fit into the first stage, "non-viable potential human life," and this is why they could be classified as an object of a state interest, characterized by the United States Supreme Court in the following manner:

(a) It is optional for states to promote this state or local interest in potential human life.

(b) As a state interest, it is not compelling enough so as to justify the limitation of the mother's right to obtain an abortion, but it is strong enough so as to justify compulsory measures aiming at deterring the decision to abort.

(c) The states can overtly favor the promotion of embryonic life, as long as this does not pose an undue burden on the mother's right to abort prior to the moment of fetal viability outside the mother's womb.

<sup>21</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, 505 US at 944-51.

<sup>22</sup> *Id.* at 874-76.

#### *D. The States' Case Law on Embryos*

The optional status of both the promotion and the determination of the weight of the state interest in non-viable potential human life—within the limits established by the Court—becomes legally active, at both the federal and state levels, in a fabric that is woven with the most diverse criteria regarding the legal status of the embryo.

That status is defined by the states only on an exceptional basis, as would be the case in the state of Louisiana. In the case of the other states, as well as at the federal level, the status may be inferred from the regulation of different activities that are directly or indirectly related to the use or destination given to embryos conceived *in vitro*. The most relevant of these activities are those that have to do with assisted reproduction, and with the scientific and technological research that requires using, and possibly discarding, embryos. The embryo's status will depend, essentially, on the existence, or lack thereof, of limitations to embryo discard.

Only the legislation of the state of Louisiana and that of New Mexico establish a ban on the sale, destruction or any other process that does not involve embryo implantation for later development. This establishes a duty of care and custody on those clinics in which the embryos were created.<sup>23</sup> On the opposite side, states such as California, Connecticut, Maryland, Massachusetts and New Jersey expressly establish the duty of medical service providers to inform the patient of the possibility of discarding embryos that were not implanted. However, these same statutes prohibit the sale or commercialization of the embryos, whatever the final aim.<sup>24</sup> Other states, such as Oklahoma, take up an ambiguous attitude: even if they only allow for heterologous conception when performed with a reproductive aim, they omit establishing the same limitation in the field of homologous conception, and also fail to clarify what will be the final use of those embryos that, even if conceived for a reproductive purpose, were never implanted.<sup>25</sup>

At the federal level, ever since the Clinton presidency, a ban has been in place on the use of federal funds for the creation of human embryos for research purposes or for research in which the human embryos were destroyed, discarded or intentionally subjected to a risk of damage or death greater than the risk allowed in research involving fetuses inside the uterus (commonly known as the "Dickey Amendment").<sup>26</sup> This limita-

<sup>23</sup> LA. REV. STAT. § 9:126; N.M. STAT. § 24-9A-[1][g]. For a comparative study of these two statutes, see YANG, Diane K. What's Mine is Mine but What's Yours Should Also Be Mine: An Analysis of State Statutes that Mandate the Implantation of Frozen Preembryos. *Journal of Law and Policy*, v. 10, p. 587-592, 2002.

<sup>24</sup> See CAL. HEALTH & SAFETY CODE § 125305; CONN. GEN. STAT. § 19a, 32d-32g; MD. CODE ECON. DEV. § 5-2B-10; MASS. GEN. LAWS ch. 111L; N.J. STAT. § 26:2 Z-2.

<sup>25</sup> See OKLA. STAT. tit. 10, § 555. For a comparative synthesis of states' legislation concerning assisted fertilization, see: <[www.ncsl.org/programs/health/genetics/embfet.htm](http://www.ncsl.org/programs/health/genetics/embfet.htm)> last access: 12 jul. 2013.

<sup>26</sup> This prohibition was not included in a specific statute concerning scientific research on embryos, but was instead included, at the initiative of Senator Jay Dickey, in the Balanced Budget Down Payment Act, I,

tion was not extended to include privately funded or state funded, research. However, in March 2009, President Obama issued executive order 13505, which removed limitations on the use of federal funds for research on new embryonic stem-cell lines.<sup>27</sup>

Against this backdrop of complex, intertwined criteria, constitutional case law at the state level has basically hinged around the issue of who has the right to decide what the use of the non-implanted embryos or pre-embryos will be, and with what requirements, when there is no agreements between the parents in this respect.

### 1. Davis v. Davis and Kass v. Kass

The leading case in this matter was *Davis v. Davis*,<sup>28</sup> a famous case settled by the Tennessee Supreme Court in 1992. It involved the fate of seven embryos that had been conceived by *in vitro* fertilization. At the time when the progenitors divorced, the embryos were kept under cryopreservation in the clinic in which the progenitors had been given the corresponding treatment.

Initially, and contrary to the wishes of Mary Sue Davis, one of the progenitors, that the embryos be implanted in her uterus, Junior Lewis Davis, the other progenitor, wanted them to remain under cryopreservation until he came to a decision regarding their use. By the time the case reached the state Supreme Court, both parties had changed their claims. Mary Sue wanted the embryos to be donated to any couple that was willing to undergo fertility treatment, insisting on the personal nature (personhood) of the embryos. Junior Lewis wanted them to be discarded. Mary Sue's contention of embryonic personhood was accepted at the trial court level, explicitly rejected by the Court of Appeals, and, eventually, by the state Supreme Court.

Apart from denying the personal nature of the embryos on the basis of the *Roe v. Wade* ruling, the state Supreme Court also denied that the state interest in "potential human life," acknowledged as legitimate and optional for states in *Roe v. Wade* and reaffirmed in *Webster*, was compelling enough as to settle the issue in favor of the implantation of the embryos. Relying on state precedents, and on civil and criminal law regulations regarding the fetus' status when it is inside the mother's womb, the Court concluded that the State of Tennessee had no adopted interest whatsoever in the "potential human life" of the un-implanted embryos.

---

Pub. L. No. 104-99, § 128(2), 1.10 Stat. 26, 34 (1996), and reapproved each year until 2009. For a detailed and complete description of the federal politics concerning the funding of the use of embryos in scientific research, see **Monitoring Stem Cell Research. A Report of the President's Council on Bioethics**, Washington D.C., January 2004, available at <<http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/stemcell/>> last access: 17 jul. 2013. A chronologic synthesis of American state law concerning stem cell research can be found at <<http://lti-blog.blogspot.com/2009/08/lifting-ban-or-obfuscating-truth-bob.html>> last access: 12. jul. 2013.

<sup>27</sup> Exec. Order No. 13505, 74 Fed. Reg. 10667 (Mar. 11, 2009).

<sup>28</sup> *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d. 588 (Tenn. 1992).

Therefore, the un-implanted embryos were not the object of any state interest in potential human life, let alone persons. Even so, the Court conceptualized a new category for embryos that placed them in between property and personhood, to which a special respect was owed given its potential to become a person. In reality, this intermediate category was closer to property than to personhood, for the progenitors' rights on un-implanted embryos were deemed "in the nature of a property interest," and included the right to decide on their disposal.<sup>29</sup>

On these grounds, the Court set forth a principle of interpretation, whereby whenever there is no agreement between the parties, the courts should decide the matter by balancing the opposing interests. Applying this principle to the case, the Court set forth the rule in which the interest of one of the parties in obviating fatherhood or motherhood (in this case, the father) is stronger or greater than the interest of the opposing party (in this case, the mother) in donating the embryos for future implantation.

*Kass v. Kass*<sup>30</sup> continued the development of state common law in the matter of determining the use of un-implanted embryos whenever there is disagreement between the progenitors. Unlike *Davis*, here there was a prior written agreement that established that if the parties became unable to agree on the use of the un-implanted embryos, they would be donated to be used in assisted reproduction scientific research.

Although this agreement between the clinic and the parties was later ratified in the divorce decree, the woman asked that the embryos be implanted in her, against the husband's wish that the agreement be executed. In all of the judicial proceedings, the debate hinged on the correct interpretation of the agreement signed between the parties and the clinic.

The New York State Court of Appeals affirmed the decision of the trial court that the agreement was clear that in event of disagreement between the parties, the un-implanted embryos had to be used for scientific research, and so decreed that the embryos (described as pre-zygote) be given for that use.<sup>31</sup>

## 2. Will as the Ultimate Determiner of the Embryo's Life Value

The binding nature of the common will of the couple, as expressed in the covenants written by them or as agreed upon between themselves and the clinic, was reaffirmed in *Litowitz*,<sup>32</sup> even when there is the subsequent common will of the parties to deviate from the agreement.

<sup>29</sup> *Id* at 596.

<sup>30</sup> *Kass v. Kass*, 91 N.Y.2d 554, 696 N.E.2d 174, 673 N.Y.S.2d 350 (N.Y. 1998).

<sup>31</sup> *Kass v. Kass*, 91 N.Y.2d at 562.

<sup>32</sup> *Litowitz v. Litowitz*, 48 P.3d 261 (Wash. 2002).



In this case, what was at stake was the use of embryos that had been conceived with the husband's reproductive material, and an ovule donated to the couple by a female third party. The agreement between the Litowitzes and the clinic prescribed that, if the embryos were not implanted within five years' time after their conception, the clinic should thaw them; in effect, destroy them. Within a divorce context, and after the five-year deadline had expired, both parties communicated their decision that the embryos that were still frozen be implanted. The issue between the divorcing parties was not whether or not they should be implanted, but rather, in whom. Mrs. Litowitz wanted the embryos to be implanted in her, and the ex-husband wanted the embryos to be donated to another woman. The Washington state court did not provide a solution for this problem, for no proof had been produced during the trial to show that the embryos were still alive. Even so, the Court ventured to say that, even if their existence were proven, their use should be regulated by the terms of the agreement; i.e., they should be thawed (destroyed).<sup>33</sup>

In *A.Z. v. B.Z.*, the Massachusetts Supreme Court rejected the female progenitor's contention that the agreement signed by the clinic and both of the progenitors, according to which, in case of divorce, the embryos would be implanted at any of the parties' request, be enforced. This Court relied, among other grounds, on the theory that to compel a person to become a father or a mother against his or her will was contrary to public policy, even if they had contractually bound themselves to procreate.<sup>34</sup> This holding was later reapplied by the Iowa Supreme Court *In re Marriage of Witten*<sup>35</sup> and, by way of *obiturn dictum*, by a Texas Court of Appeals, in *Roman v. Roman*.<sup>36</sup>

### 3. Some Conclusions

- (a) Un-implanted embryos are not conceptually persons, either under federal or state constitutional case law. Nevertheless, they are considered the object of "special respect" because of their potential to become persons, which, although different from the respect owed to personal dignity, must be differentiated from the treatment that is owed to objects of interest or property rights.
- (b) The exclusive right of the mother to dispose of the embryo's life, acknowledged in *Roe* as a privacy right, only refers to embryos that are already implanted in the mother's womb. It excludes un-implanted embryos, and therefore, the mother has no right to obviate the father's interests to implant or discard embryos that are cryogenically stored.

<sup>33</sup> *Id.* at 271.

<sup>34</sup> *A.Z. v. B.Z.*, 431 Mass. 150 (Mass. 2000).

<sup>35</sup> *In re Marriage of Witten*, 672 N.W.2d 768 (Iowa 2003).

<sup>36</sup> *Roman v. Roman*, 193 S.W.3d 40 (Tex.2006).

- (c) The use of un-implanted embryos is regulated, as a rule, by the progenitors' unanimous decision.
- (d) In case of disagreement, the written agreement prior to their conception is binding, provided that it is unambiguous.
- (e) However, the agreement lacks binding force regarding embryo implantation. In this respect, the present and concomitant meeting of minds of both progenitors is required, both concerning the fact of implantation and the body into which they should be implanted. Therefore, either progenitor has "veto power" regarding embryo implantation, be it in the womb of the mother or in that of a third party.
- (f) "Special respect" does not mitigate in any way the meeting of minds of the progenitors. It is only a relevant interpretative criterion to be used whenever the use of the embryos must be judicially settled, given a disagreement between the progenitors, and in the face of a lack of a previous written agreement settling the issue.
- (g) The "special respect" principle does not have enough weight in the "counterbalancing" of interests as to make the embryo implantation compulsory. On the contrary, in this counterbalancing, the interest of one party in not producing a child is heavier than the interest of the opposing party in gestating the embryo or donating the embryo for implantation.

### III. THE EMBRYO IN ARGENTINE CONSTITUTIONAL CASE LAW

The Argentine case law on embryos offers a rich range of interpretations that seem to be firmly established. Young as this judicial experience may be, this short time is not an obstacle to reviewing the decisions issued by the Argentine Supreme Court, which is the highest national court in the federal order, as well as those issued by other Argentine courts.

#### *A. The Argentine Supreme Court (2001-2012): Tanus, Portal de Belén and Sánchez<sup>37</sup>*

<sup>37</sup> On Mar. 13, 2012, in the leading case *F., A.L.* (CSJN, "F., A.L. s/ medida autosatisfactiva," Fallos 259: XLVI (2012)), the Argentine Supreme Court issued a decision concerning the women's legal right to abort in case of rape. Although this decision did not openly reject the assertions stated in *Portal* and *Tanus* concerning the legal personhood of the embryos, it did put in question its practical legal effects. It is therefore very likely that the case law era which started with *Tanus* has come to an end with *F., A.L.* The purpose of this study being to compare the Argentine and the American case laws from the point of view of their respective coherence with the conceptual features of fundamental rights, this comparison only takes into account the era in which the former is relevantly different from the latter. That is, the era which ended in *F., A.L.* and goes from *Tanus* to *Sanchez*.

In *Tanus*<sup>38</sup> and *Portal de Belén*,<sup>39</sup> the Argentine Supreme Court determined the sense and scope of the constitutional principle of the fundamental right to life in relation to embryonic life. Both judicial decisions, considered as a whole, give rise to the following interpretative rule: this principle is binding in the case of embryos with the same scope, as if it were the case of an already-born person, and no differences based on its development stage or its viability prospects shall be established.

In *Tanus*, the majority of the Court affirmed the appealed decision, which had authorized the induction of labor of an anencephalic fetus in a public hospital. When providing the grounds for the decision, the Court pointed out that, even though the authorization to induce labor had been requested in the 20th week of pregnancy, by the time the case was to be decided by the Supreme Court, the mother had reached the 8th month of pregnancy. According to the Court, this temporal difference allowed for the differentiation of childbirth by induction of labor, on the one hand, and abortion on the other. It was argued that the death of an anencephalic fetus outside the mother's womb, when the stage of extra-uterine viability is reached, is not to be attributed to the anticipated labor induction, but to the congenital condition of the fetus.

Therefore, according to the Court, the case didn't concern the constitutional validity of abortion, but the way in which two rights were to be counterbalanced: the mother's right to health, and the anencephalic fetus's exercise of its right to life and to health. Considering that in the eighth month, premature birth would not alter the unavoidable death of the child, the Court understood that inducing labor did not alter the essential content of the fetus's right to life or to health.

Leaving aside for the moment its logical validity, it should be noticed that the Court's reasoning asserted that the fundamental right to life is in force from the moment of conception under the American Convention for Human Rights, Law 23054, article 4.1., and under article 2, Law 23849, which affirms the Children's Rights Convention.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> CSJN, "*Tanus*, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo," Fallos 324: 5 (2001).

<sup>39</sup> CSJN, "*Portal de Belén* - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo," Fallos 325: 292 (2002).

<sup>40</sup> "*Tanus*," *supra* note 38, at cons. 11°. Art. 4 of the American Convention for Human Rights states: "Right to life. 1. Every person has a right to her life being respected. This right shall be granted by Law and, in general, from the moment of conception. Nobody shall be arbitrarily deprived of his life" (the translation is ours). In Spanish: "*Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*" (Ley No. 23054, B.O. del 27/2/1984). Article 2 of Law 23849 states: "When ratifying the Convention, the following reserves and declarations shall be stated: (...) In relation to article 1 of the Convention, the Argentine Republic declares that it shall be interpreted in the sense that the term 'child' is understood to refer to all human being from the moment of conception and until eighteen years old" (The translation is ours). In Spanish: "*Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: (...) Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*" (Ley No. 23849, B.O. del 22/11/1990).

In *Portal de Belén*, the Court reaffirmed this normative interpretation, further specifying that conception takes place at the moment of fertilization. In stating this, the Court relied on the opinion of different geneticists and biologists that “it is a scientific fact that the ‘genetic construction’ of the person is there [at the time of conception], all set and ready to be biologically aimed, because ‘the egg’s’ (zygote’s) DNA contains the anticipated description of all the ontogenesis in its tiniest details.”<sup>41</sup>

From a factual point of view, the Court considered it proven that a contraceptive, the marketing and distribution of which had been authorized by the national Ministry of Health and Social Action, could operate under three subsidiary mechanisms. Contraception could: (i) prevent ovulation, or (ii) operate as a spermicide. Neither of these mechanisms posed a constitutional objection from the point of view of the embryo’s right to life. In a subsidiary manner, for the cases in which these two mechanisms had not been successfully activated, the contraceptive challenged in *Portal* would operate by (iii) modifying the endometrial tissue and preventing embryo implantation. The Court found that this subsidiary mechanism violated the embryo’s right to life.<sup>42</sup>

Therefore, on the basis of these normative and factual premises, the Supreme Court revoked the appellate court’s decision, which considered it lawful for the National Ministry of Health and Social Action to authorize the marketing and distribution of the contraceptive under challenge.

After these decisions, the Supreme Court acknowledged the personhood of the *nasciturus* in *Sánchez*,<sup>43</sup> leaving aside any considerations related to the specific abortion hypothesis. When acknowledging the personhood, the Supreme Court qualified the unborn involved in the case as “a person ‘to be born’, this is to say, one of the juridical species of the ‘person genus’ under our civil law . . . .”<sup>44</sup>

### B. Some Conclusions

The principles and rules acknowledged and established in both rulings regarding the legal status of the embryo could be summarized as follows:

- (a) Legal personhood is acknowledged, under Argentine constitutional law, from the moment of conception.
- (b) Conception is deemed to happen at the moment of fertilization.

<sup>41</sup> “Portal de Belén”, *supra* note 39, at cons. 7°.

<sup>42</sup> *Id.* at cons. 9° and 10°.

<sup>43</sup> CSJN, “Sánchez, Elvira Berta c/ M° JyDDHH – art. 6° L. 24411 (resol. 409/01)”, Fallos 330: 2304 (2007), in which the Court provided a reminder that article 30 of the Argentine Civil Code defines as “persons” all beings capable of acquiring rights and contracting debts, and art. 63 extend the concept of person to all unborn human beings who are conceived in the mother’s womb. Literally: “[E]l art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 63 señala como especie del género “persona” a las “personas por nacer”, definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno.” (cons. 9°).

<sup>44</sup> *Id.* cons. 11°.

- (c) Any action aimed at interrupting embryotic development after the moment fertilization occurs should be banned, even when this interruption is merely eventual or probable.
- (d) Therefore, the scientific debate regarding the distinction between pre-embryos and embryos, or between viable embryos and non-viable embryos, lacks legal significance.

### *C. Other Courts of Law and the Embryo*

The case law of other courts regarding the legal status of the embryo has primarily hinged on the debate over two different series of issues: one is whether local birth control policies were constitutional, and the other on establishing the use that should be assigned to frozen embryos created during fertilization procedures. The legal context on which both debates are centered involves, primarily, local and federal statutes regulating sex and reproductive health. Let us review that debate.

#### **1. Birth Control Questions**

The trend to regulate the fundamental or constitutional right to health, especially as related to sexual and reproductive health, at the local or provincial (state) level started in the 1990s and has continued to grow ever since. Therefore, it is a process that started some years before the 1994 constitutional amendment, and at least a decade before the Supreme Court issued its opinion in the *Portal de Belén* case regarding whether the birth control policies allowing the disruption of implantation, or abortive methods in general, were constitutional.

Nevertheless, all statutes issued before and after the 1994 constitutional amendment made the medical prescription and provision of contraceptives dependent on the condition of their non-abortive effect. The same condition is set forth in national Law 25673, promulgated in 2002.<sup>45</sup> Although this law is automatically applicable to health services subject to the federal jurisdiction of the National Ministry of Health, it also empowers the provinces to join the health program created by it. Thus, be it effected directly or indirectly, local regulation of sexual and reproductive health includes a general ban on abortive methods of family planning.

Notwithstanding this ban, some of these norms, or the regulations issued under them, allow contraceptive methods regardless of the distinction between those which operate by inhibiting fertilization and those which potentially inhibit the implantation of the fertilized egg.

This lack of normative precision was subject to judicial debate on different occasions after *Portal de Belén*. A conclusion that can be drawn from this limited, and young, case law *corpus*, is that the debate, at the local or provincial level, does not revolve

---

<sup>45</sup> Ley No. 25673, art. 6°, B.O. 30032 (Oct. 22, 2002).

around embryonic personhood—an aspect that is never challenged—but rather on the precisions regarding how to adequately weigh it against the mother’s right to reproductive health. Primarily, the debate is centered around the normative consequences of the scientific debate regarding the anti-implantation mechanism assigned to emergency contraception and to the intra-uterine device, or to any contraceptive that happened to operate, or could operate, by obstructing the embryo’s development. Regarding this issue, the different opinions are detailed in the following paragraphs.

## 2. A First Look at Portal: All “Emergency” Contraceptives are Held Abortive

In *Asociación Civil Familia y Vida*,<sup>46</sup> a provincial court of San Luis held that articles 1 and 2(c) of provincial Law No. 5344 regulating sexual and reproductive health, and article 4 of its regulatory decree 127/2003, were contrary to the Constitution. The first norm states that “the province of San Luis, by means of the Ministry of Health, shall provide to the inhabitants who apply for it, information, assistance and guidance for responsible parenthood, in order to secure and guarantee the human right to decide freely and responsibly about reproductive patterns and family planning”.<sup>47</sup> The second establishes that medical providers in public health assistance institutions should prescribe and provide contraceptive methods.<sup>48</sup>

The local Court understood that this normative plexus was contrary to the Constitution because it failed to expressly exclude the specific contraceptives that forestall implantation from the generic provincial duty of prescribing, providing and inserting contraceptives at public health facilities.<sup>49</sup> As grounds for this argument, the local Court relied on the rule, ostensibly established in *Portal de Belén*, in which any post-coital or emergency contraceptive method is to be deemed abortive.<sup>50</sup>

## 3. A Second Look at Portal: Applying the pro homine Principle in Favor of the Embryo’s Right to Life

Similar to San Luis Law 5344, Córdoba Law 9073 establishes and regulates the so-called “Responsible Motherhood and Fatherhood Program,”<sup>51</sup> generically making the prescription and delivery of contraceptives at health assistance centers depend on their non-abortive effect. However, Law 9073 differs from Law 5344 because the former excludes from the compulsory list of allowed contraceptives both emergency

<sup>46</sup> Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de San Luis, “Familia y Vida Asociación Civil c/ Estado Provincial s/ amparo”, Expte No. 18-F-2002, del 21/3/2005.

<sup>47</sup> Ley No. 5344, art. 1° (Prov. de San Luis, Oct. 30, 2002).

<sup>48</sup> Dto. 127/03, art. 4° (Prov. de San Luis, Jan. 21, 2003).

<sup>49</sup> “Familia y Vida Asociación Civil”, *supra* note 46, at cons. 3.3.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> “Programa de maternidad y paternidad responsables”, Ley No. 9073 (Prov. de Córdoba, Dec. 18, 2002).

contraceptives and the intra-uterine device.<sup>52</sup> And even if article 7 of Law 9073 allows enforcement officers to add new methods of contraception, it expressly states that these methods should coincide with those previously approved of by competent national authorities.

It was thus not the local statute, but the way in which it was enforced by the Executive Power, which included the free delivery of the so-called emergency contraceptives at public health assistance centers, that posed a constitutional problem.<sup>53</sup> The local Court found this enforcement illegal and unconstitutional. Its illegality was grounded precisely on the inconsistency between the *de facto* application and Law 9073, article 6. Its unconstitutionality was based almost exclusively on the principles and rules established by the Argentine Supreme Court in *Portal de Belén*, showing a partially different interpretation from that of the San Luis Court of appeals.

The main difference between the two holdings lies on the reasons for and the scope given to the rule by which emergency contraception should be prohibited due to its abortive effect. As stated above, according to the San Luis Court of Appeals, the federal Supreme Court was said to have established, in *Portal de Belén*, a kind of *iure et de iure* presumption that every post-coital contraceptive operates via an anti-implantation mechanism. The Córdoba court, on the other hand, is slightly more cautious. It does not deny the scientific debate regarding the moment of implantation, nor does it consider that *Portal de Belén* has definitively solved its legal relevance. Rather, it establishes that the existence of scientific doubt over the moment of fertilization is a sufficient reason to justify the ban on emergency contraception, and it does so by applying the *pro homine* principle.<sup>54</sup>

#### 4. A Third Look at Portal: Applying the *pro homine* Principle in Favor of the Woman's Right to Reproductive Health

Holding a contrary view, other Justices have interpreted that the *pro homine* principle should be applied in favor of the woman's right to reproductive health, and, therefore, it should be unequivocally determined that an emergency contraceptive method has an abortive or anti-implantation nature in order to justify its prohibition.<sup>55</sup> Some other Justices have only required "sufficient proof" that the method's operation

<sup>52</sup> *Id.* at art. 6.

<sup>53</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a. Nominación, sentencia no. 93, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo - Recurso de apelación", Expte No. 1270503/36, del 7/8/2008 (Majority: Justices Mario Sarsfield Novillo and Mario R. Lescano. Minority (denying the injunction): Justice Julio C. Sánchez Torres).

<sup>54</sup> See opinion of Justice Sarsfield Novillo, who confirmed the majority's opinion, *id.* at cons. 11°.

<sup>55</sup> Juzgado de 1ra. Instancia en lo Civil y Comercial de 5ta. nominación de Rosario, "Mayoral, Nicolás Fernando c/ Municipalidad de Rosario", Expte. No. 1455/02 del 18/06/08, cons. V.

obstructs implantation in the specific case in which is prescribed, which does not necessarily amount to certainty.<sup>56</sup>

### *D. Embryo Status in the Debate Regarding in vitro Fertilization Techniques*

Like the United States Supreme Court, the Argentine Supreme Court has not yet delivered an opinion on whether assisted human reproduction techniques which, directly or indirectly, lead to embryo discard—i.e., embryo destruction—are constitutional. Even though many bills<sup>57</sup> have been proposed, the issue has not, to date, been regulated by statutory Law. Nevertheless, the issue has been debated and resolved in the judicial realm in different instances.

#### 1. Rabinovich

The first, and most well-known, judicial decision was issued in *Rabinovich*<sup>58</sup> by the Civil Court of Appeals located in the city of Buenos Aires. The case involved a series of measures aiming at enforcing the right to life and health of embryos which, up to the moment the judicial decision was issued, were held under cryopreservation by public or private health institutions in the aforementioned city. The judicial decision, issued unanimously, was grounded in reasoning that was analogous, though not identical, to that adopted two years later by the federal Supreme Court in *Tanus* and *Portal de Belén*.

First, it was found that, from the point of view of Argentine law, personal life starts at conception; this determination was based on a systematic reading of all of the International Human Rights Treaties and Conventions that take constitutional precedence under article 75.22 of the Argentine Constitution. It was also found that the principle set forth in article 51 of the Argentine Civil Code,<sup>59</sup> according to which a person is every entity that may show characteristic human features, has constitutional value.

<sup>56</sup> See opinion of Justice Sánchez Torres in “Mujeres por la Vida”, *supra* note 53, at cons. 15°. Some Courts dismissed on formal grounds challenges to the constitutionality of decisions regarding sexual health and reproduction from the point of view of the embryo’s right to life. See CSJN, “Morales, Rosa Nélide s/ aborto en Moreno” Causa no. 2785, Fallos 319: 3010 (1996); CSJN, “P., F. V. s/ amparo”, Fallos 328: 339 (2005) (authorization to induce the labor of an anencephalic fetus). In another case it was ordered that an intra-uterine device be inserted in a minor child, absolutely regardless of the question of its anti-implantation or abortive effects. See Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial—Sala I—La Matanza, “P. C. S. y C., L. A. s/ fuga del hogar”, Expte. No. 167 / 1 Res. Def. No. 4/1, del 18/12/2001.

<sup>57</sup> As an example, see file No. 4423-D-2010, Trámite Parlamentario 080 (22/06/2010), Régimen de Reproducción Humana Asistida y de Crio conservación (Assisted Human Reproduction and Cryopreservation Regime), registered by Silvana M. Giudici, Silvia Storni, Agustín A. Portela and Juan P. Tunessi.

<sup>58</sup> CNAC, Sala I, “Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias”, Expte No. 45882/93, del 3/12/1999.

<sup>59</sup> Art. 51, Cod. Civ. states that “[A]ll beings who show signs characteristic of human beings, without any distinction as to qualities or accidents, are persons of visible existence.” In Spanish: “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.*”



But even though anyone may be considered a person for constitutional purposes, the acknowledgement of the legal status of the embryo requires determining the precise moment when the lawful existence of every person starts. In order to resolve this issue, the Court of Appeals in Buenos Aires applied article 4.1 of the American Convention of Human Rights,<sup>60</sup> as the federal Supreme Court would later do in *Portal de Belén*. Nevertheless, the Court of Appeals, unlike the Supreme Court, paid heed to the devaluation of the protection of the *no nato* that could be seen in the expression “in general”, used in this norm. It decided this particular semantic incidence by means of a systematic interpretation that integrated this norm with the interpretative declaration by Argentina on the occasion of the ratification of Children’s Rights Convention, according to which, “child” is defined as any human being as of the moment of conception.<sup>61</sup>

The Court of Appeals, once again unlike the federal Supreme Court in *Portal*, considered the logical possibility that the declarations and reservations contained in international treaties may not have the same hierarchical legal status as the treaty itself. This possibility was neutralized by the phrase contained in article 75.22, Argentine Constitution, under which the treaties have constitutional value “under their actual enforcement conditions” (“*en las condiciones de su vigencia*”). Under the federal Supreme Court precedents, this expression ought to refer to the conditions that effectively regulate the State’s obligations at the international level.<sup>62</sup>

As in *Portal*, it was asserted that conception takes place with fertilization. Nevertheless, while in *Portal* the federal Supreme Court grounded this interpretation almost exclusively on the authority of embryonic science, the opinion of the Court of Appeals in *Rabinovich* was based upon a sort of normative slippery slope argument. It stated that all arguments which link legal personhood to the emergence of a particular event, such as the moment of implantation, or the appearance of the nervous system, or even birth, imply that the law doesn’t recognize an equal value to all human life.<sup>63</sup>

Finally, the Court of Appeals held that the embryo and, eventually, the monozygotic twins that emerge from the splitting of the embryo, possess individual personhood. The Court also decided the issue of the humanity and the legal personhood of the pronuclear oocyte (i.e., an embryo at the stage that precedes the fusion of the female and male gametes’ nuclei) in the following way: the oocyte had to be dealt with, by law, in the same way as a person, “not by virtue of asserting its personhood . . . but in

<sup>60</sup> Cited *supra* note 40.

<sup>61</sup> *Supra* note 40.

<sup>62</sup> See “*Rabinovich*”, *supra* note 58, at cons. VI, citing CSJN, “*Girolodi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93*”, Fallos, 318: 514 (1995).

<sup>63</sup> *Supra* note 58, at cons. VI and VII.

the light of the doubt that arises from the impossibility to exclude it with certainty. [This doubt] . . . at the factual level, compels us to respect its life and integrity, as if it were a person, a subject of law enjoying those rights.”<sup>64</sup>

## 2. Subsequent Cases

In three cases that arose after *Rabinovich*, the debate regarding the embryonic legal status involved the parents’ claim that the social care institution (“*obra social*”)<sup>65</sup> they belonged to should cover the costs involved in assisted fertilization treatment.<sup>66</sup> Opinions delivered in these cases can be ranked incrementally regarding the legal value of the embryo’s life, as follows:

- a) The parents’ right to have *in vitro* fertilization procedures covered by medical insurance is affirmed, fully bypassing the problem of the use of un-implanted embryos;<sup>67</sup> or explicitly eluding a decision on embryonic personhood on the basis that it would be a religious question, alien to the scope of intervention by the State;<sup>68</sup> or else rejecting the abortive nature of any fertilization treatment, on the ground that, out of a conceptual necessity, it cannot be considered abortive. None of these opinions referred either to the Supreme Court precedent in *Portal*, or to *Rabinovich*.<sup>69</sup>
- b) The parents’ right to have the *in vitro* fertilization procedure covered by medical insurance is affirmed, and there is a proposal, but without binding force, regarding the possibility of donating the supernumerary or surplus embryos for their later implantation, or alternatively, for their therapeutic use or experimentation.<sup>70</sup>
- c) The parents’ right to have the *in vitro* fertilization procedure covered by medical care insurance is affirmed, but it is simultaneously held that legal personhood is recognized from the moment of fertilization, and it is ordered that a guardian be appointed to safeguard their physical integrity, considering the

<sup>64</sup> *Id.* at cons. VII.

<sup>65</sup> *Obras Sociales* are health insurance/health care programs that are primarily administered by trade unions for the benefit of the union members and their families (although there are other types of *obras sociales*, such as those administered by each Argentine province for workers in the public sector). They are funded by compulsory payroll contributions by employees and employers.

<sup>66</sup> Juzg. CAyT N°6 de la C.A.B.A., “A.M.R. y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, 20/11/07, LL 2008-A, 148, El Dial AA439C (reaffirmed by the CCAyT de la C.A.B.A.); Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, “S.A.F y A.H.A c/ IOMA”, 15/12/08, LL 2009-A, 408; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “Loo, Hernán Alejandro y otra c/ IOMA y otra”, 29/12/08, available at [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar) (last visited Jul. 15, 2013).

<sup>67</sup> See “A.M.R. y otros c/ Obra Social”, *supra* note 66 (opinion of Justice P. López Vergara).

<sup>68</sup> See Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, *S.A.F y A.H.A c. IOMA*, 15/12/08, LL 2009-A, 408, opinión of Justice Schreginger, cons. 5°, joined by Justice Cebey.

<sup>69</sup> See “S.A.F y A.H.A c/ IOMA”, *supra* note 66, at cons. 5° (opinion of Justice Schreginger, joined by Justice Cebey).

<sup>70</sup> See “Loo c/ IOMA”, *supra* note 66 (opinion of Justice Ferro).

precedent in *Portal* as valid and binding, and joining the opinion delivered by the Court in *Rabinovich*, but not finding that decision binding given the different jurisdictions involved, i.e., national and provincial.<sup>71</sup>

- d) The parents' claim that the infertility treatment be covered by the social care plan is rejected on the basis that it represents a clear threat to the supernumerary or surplus un-implanted embryos' right to life, as interpreted after the *Portal* decision.<sup>72</sup>

#### IV. A COMPARATIVE SYNTHESIS FROM THE TELEOLOGICAL AND SEMANTIC POINT OF VIEW

If there is any value in the orderly review of judicial decisions and the grounds for them, this doesn't rely either on their thoroughness or on their unattainable definitive nature. It relies, instead, on the possibility of drawing comparisons and contrasts of both legal practices regarding processes of conceptual construction and determination, in the light of the claim that fundamental rights are deontological, absolute and/or unconditional.

##### A. The "Practical" Legal Value of the Embryo's Life Compared

(i) It should be pointed out that U.S. constitutional judicial law in the field of embryonic legal status is much older than the Argentine one. It was only in 2001 that the first judicial decision was issued in Argentina, while the first U.S. precedent, which set forth the position of the U.S. Supreme Court regarding the value of unborn ("potential") human life, was issued in 1973.

(ii) Under the American case law reviewed, the legal value of human life is not uniform; it varies according to the stage of development that an unborn human being has reached. Such stages do not exist in the Argentine Supreme Court case law, which considers that there is a genre ("persons") that embraces the one "to be born" from the moment of conception, and conception occurs on the occasion of fertilization. Not distinguishing stages implies that there is a ban on any action knowingly aimed at interrupting, either in an eventual or probable way, the development of the embryo after fertilization.

(iii) Embryos and pre-embryos in American case law fit in the first stage ("non-viable potential human life") and are subject to state interest, according to the U.S.

<sup>71</sup> *Id.* (opinion of Justices Tazza and Comparato).

<sup>72</sup> See opinion of Justice Valdez, *id.* at cons. X and XI, especially cons. XI *in fine*. After these cases were decided, the province of Buenos Aires' legislature passed Statute 14208, B.O. 26507 (Jan. 3, 2011), regulated by Dto. 2080/2011, which classified human infertility as a disease, and therefore included *in vitro* fertilization in the so-called "compulsory medical assistance plan", according to which both private and public health insurance plans should include the treatment as a free service.

Supreme Court. This state interest in the protection of human life is independent from the interest that the holder of the right to life may have over his or her own life.<sup>73</sup> This independence is particularly relevant in order to protect the life of citizens that have not, as of yet, acquired the ability to express their own interests.

(iv) The state interest in non-viable potential human life is compelling enough as to justify the binding nature of certain measures aimed at discouraging the decision to abort, but no other practical effect is attached to it. For, although under U.S. case law, un-implanted embryos are said to not be included among property rights, there is no restriction governing the progenitors' will over embryos where even the will of only one of the parties is sufficient to legally justify their discard.

(v) It is unarguable that judicial decisions issued in Argentina recognize more legal value in embryonic life than those in the U.S., which considers that legal value arises only once the time of non-viability is passed. In Argentina, however, even if the limited case law *corpus* in existence shows a generalized acceptance of the general principle that embryonic life is personal life before and after implantation, this uniformity disappears when it comes to determining the constitutionality of rules and courses of action which imply the potential or actual discarding of embryos.

(v) In Argentina, the debate over the treatment owed to embryos is primarily focused on the legal effects of fertilization methods that could involve discarding embryos, and on the normative consequences of the scientific debate regarding the anti-implantation mechanism of the emergency contraceptive and the intrauterine device, or any other contraceptive that might operate to prevent embryotic implantation.

<sup>73</sup> This principle was applied forty-four years later as grounds for denying a fundamental right to assisted suicide, in *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997) and *Vacco v. Quill*, 521 US 793 (1997). The grounds for state interest in human life are discussed in depth, both by those who approve of *Roe* and those who oppose it. Among many others, see WALEN, Alec. *The Constitutionality of States Extending Personhood to the Unborn*, **Constitutional Commentary**, Buffalo, v. 22 p.161, 2005. P. 178; who highlights the way in which this claimed interest would threaten the rights stated in *Roe* for women. See also BOPP, James; COLESON, Richard. *Judicial Standard of Review and Webster*, **American Journal of Law & Medicine**, Boston, v. 15, 211-, 1989.p.216. The idea that states hold an interest in human life which is not conceptually linked to personhood was particularly developed by DWORKIN, Ronald. *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled*, **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 59, p. 381- 1992. This idea was then picked up by Justice Stevens in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 US at 913 n.2; and in *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. at 747. This same conceptual distinction is also present in other constitutional practices, as is shown in the famous leading Spanish case de-criminalizing abortion, T.C., s. no. 53/1985 at FJ5, B.O.E. no. 119, May 18, 1985. For an academic discussion of the plausibility of this distinction see certain commentaries on BRADLEY, Gerard V. *Life's Dominion: a Review Essay*. (book review), **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 69, p. 329-, 1993. CAPRON, Alexander Morgan. *Philosophy and Theory: Life's Sacred Value - Common Ground or Battleground?* **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 92, p. 1491-,1994; GREEN, Abner S. *Uncommon Ground*, **George Washington Law Review**, Washington, D.C. v.62 p.646-650, 1994; KAMM, Frances M. *Abortion and the Value of Life: A Discussion of Life's Dominion*, (book review). **Columbia Law Review**, New York, v. 95, p. 160-122, 1995; RAKOWSKI, Eric. *The Sanctity of Human Life*, (book review) **Yale Law Journal**, New Haven, v. 103, p. 2049-, 1994. STACY, Tom. *Reconciling Reason and Religion: On Dworkin and Religious Freedom*. **George Washington Law Review**, Washington, D.C., v. 63, n.1, p.1-75, 1994; and more extensively STITH, Richard. *On Death and Dworkin: A Critique of his Theory of Inviolability*. **Maryland Law Review**, College Park, v. 56, n. 2, p. 289-383, 1997.

(vii) The discussion over contraceptive and fertilization methods in Argentina assumes—with or without reason, which is not evaluated here—the normative premise that women have a right of access to them. Courts differ in the way in which they weigh this perceived women's right with the embryo's right to life, as recognized in *Portal de Belén*, *Tanus* and *Rabinovich*. The contraceptive methods debate is centered upon the weight and sense of the *pro-homine* principle. In particular, it concerns how much certainty this principle requires regarding the anti-implantation element of these methods. Alternatively, this discussion does not arise from the U.S. case law, which, by acknowledging the concept of “non-viable potential human life” and by allowing for the disposal of the embryo itself, undermines the primary assertion of that principle.

### *B. The Justificatory and Semantic Postulates Compared*

Judicial debates regarding the legal status of the embryo will continue unfolding and getting richer and richer, both on the U.S. and Argentine scenes, as long as the social factors that trigger it are present. Still, even at this early stage of development, this comparative synthesis makes evident the unfolding of a semantic-anthropological debate relating to the most radical conceptual distinction in the world of law: that which separates things on the one hand, and persons on the other.

The question at hand is to whom do we give the distinction of person or subject of law, and why. But this question cannot be resolved if there is no previously adopted viewpoint in relation to a more abstract and thus more fundamental, semantic debate: how are things classified in general in the world and, in particular, in the legal world? Are conceptual classifications the result of a reflexive, yet somehow explicit, social debate that the law is destined to adopt, at least as long as there prior consent exists? Are they an interested imposition of a social group that is picked up by the law and clothed with its coactive force? Or are they something similar to a representation of reality, which emerges before us already classified, if not thoroughly, at least partially?

Regarding the embryo's legal personhood, these questions could be restated in the following way: Do the constitutional judicial practices here reviewed find the personal or un-personal nature of the embryo as the product of some sort of social construction, or do they view it as something already given to understanding, as an *ob-jectum*? Which is the semantic theory implied in the interpretative arguments used in both of the practices here reviewed?

In what follows, we will address these issues by considering three consecutive and intertwined levels of approach: (a) the relation of interpretive arguments to moral and anthropological justificatory stances of interpretation (section 1); (b) the semantics grounding these anthropological and moral stances of interpretation (section 2); and (c) an evaluation of the coherence between the categorical nature of fundamental principles and these semantic approaches to the concept of legal personhood (title V).

## 1. The Justificatory Perspective of Interpretation Compared

The main interpretative argument sustaining the denial of legal personhood to the unborn in *Roe* was the *contrario sensu* argument: if the constitutional text does not entitle the unborn to legal personhood, then it should be excluded from this legal concept's system of reference.<sup>74</sup> But as it has frequently been noted, this same constitutional text does not mention either the right to abort, or even the right to privacy—of which abortion is considered to be a concrete application. Facing the silence of the constitutional text, there was space, at least from a logical point of view, both to recognize and to deny legal personhood to the unborn.<sup>75</sup> As was noted above, this interpretative argument advanced in *Roe vs. Wade* against the acknowledgement of the legal personhood of the unborn was never revisited. All later cases assume, as part of *Roe*'s holding, that all unborn life is not to be considered "personal life" (and not even human life, but "potential human life").<sup>76</sup>

The logical ambivalence of the interpretative argument shows that the actual reason sustaining the majority's decision in *Roe*—and in the subsequent cases which assume without discussion that the unborn is not a person according to the Constitution—is a moral and anthropological conception of the person, which is assumed as the obvious, and thus not explicitly stated, justificatory point of constitutional practices. A moral conception according to which the faculty for autonomy grounds the right to be treated with "equal respect and consideration," as assumed in the constitutional concept of "privacy."<sup>77</sup> And an anthropological concept of person, by which it is this same faculty (autonomy) that distinguishes human beings from other species.

Although the Argentine Supreme Court in *Tanus* and *Portal* had to deal with much more explicit texts regarding the legal status of the unborn (recognizing its legal personhood and a right to life from the moment of conception), none of these texts explicitly states the moment when conception takes place, nor which kind of legal protection is due to the unborn. Perhaps aiming to profit from the credibility of scientific

<sup>74</sup> See *supra* notes 8-10.

<sup>75</sup> Regarding the logical ambivalence of the *contrario sensu* argument see Kalinowski, George. **Introducción a la Lógica Jurídica**. Traducida por Juan A. Casaubon. Buenos Aires: Eudeba, 1973. and VALLAURI, Luigi Lombardi. **Corso di filosofia del Diritto**, Padova: CEDAM, 1995. p.95-100. Regarding the feeble legal grounds for neglecting constitutional personhood for the unborn, see, among others, LUGOSI, Charles. Conforming to the Rule of Law: When Person and Human Being Finally Mean the Same Thing in the Fourteenth Amendment Jurisprudence. **Issues in Law & Medicine**, Chicago, v. 22, p. 119-303, 2006/2007; or RONHEIMMER, Martin. Fundamental Rights, Moral Law, and the Legal Defense of Life in a Constitutional Democracy: A Constitutionalist Approach to the Encyclical *Evangelium Vitae*, **The American Journal of Jurisprudence**, v. 43, p.135-183, 1998. p. 158-59. In any case, even some of those who approve of the decision in *Roe* notice that neglecting the constitutional personhood of the unborn is a main dimension of the case's holding. See BALKIN, Jack M. How Genetic Technologies will Transform *Roe vs. Wade*, **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 56, p. 843-864, 2007. p.845.

<sup>76</sup> See *supra* notes 13-22; 28-36.

<sup>77</sup> This teleological assumption was explicitly stated in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. at 852.

discourse, the Argentine Supreme Court in *Portal* based its interpretation concerning the moment of conception almost exclusively on geneticists' findings.<sup>78</sup> Nevertheless, it should be noted that the American Supreme Court in *Roe*—and all the other Courts which relied upon this decision—utilized the same scientific concepts and findings, and still attributed to them different practical (moral and legal) consequences.

The availability of these scientific findings for all of the Courts—Argentine and North-American—dealing with the embryo's status shows the Argentine Supreme Court decision in *Portal* was not only grounded in the scientific description of human life, but also in the moral concept of "person," from which this scientific data was interpreted. For the main question being posed to all of the Courts was not, "when does genetics situate the appearance of a new human being?", but rather the anthropological and moral question, "when should dignity, and thus legal personhood, be recognized in a new human being?" The underlying reason sustaining the majority interpretative conclusion in *Portal* is thus the concrete answer to this question: the reference of the concept of dignity is co-extensive with the reference of the concept of human nature, independent of the factual possibilities of it being actualized.

## 2. Implied Semantics Theories Compared

The different legal status granted to the embryo in one constitutional case law practice or the other is due not only, nor primarily, to textual differences, but also to the use of different moral conceptions of the person as teleological or justificatory stances of interpretation. Stated in this way, it should be considered if and how the Courts link this justificatory stance of interpretation to the semantic meaning of the texts, and which are the epistemic and semantic theories implied in the use of these justificatory stances. In fact, both questions are closely related.

Scientific, moral and anthropological approaches to the nature and value of human embryos are explicitly passed over in American case law concerning the legal status of the embryo. It is as if Wittgenstein's theory of "language games" had been radically interpreted and the "legal game" had been taken to be completely alien to other "language games" where the concept of personhood was also the object of discussion, and particularly, where an insight into an "outside" world seemed to be allowed.

This aspiration for the autonomy of legal language from other fields of language, be it morals or science, discloses at least two semantic assumptions. First, that the justificatory viewpoint of interpretation is internal to the legal practice, and second, that the frame of reference of legal concepts is absolutely determined by their use within the practice. In effect, if the legal concept of personhood bears no relation to the moral concept of the person, or even to scientific findings about human life, it seems that the

<sup>78</sup> See *supra* note 113-22; 28-36.

legal concept is nothing more than a product of legal decisions. It is not surprising, then, that arguments determining the legal value of the embryo were always grounded on the way the Constitution “uses” the concept of person; or on the presumed intention of the Constitutional authors *when using* constitutional concepts; and on the absence of precedents recognizing legal personhood in unborn life, and thus, on the fact that the concept of legal personhood has not yet been used in reference to the embryo.<sup>79</sup>

This semantic assumption, by which the use of legal concepts within the legal community is the only criteria for determining its frame of reference, also seems applicable to the concept of “special respect” that is owed to embryos as an intermediate category between things and persons. In effect, this concept, introduced to legal practice in *Davis vs. Davis*, is not founded upon any insight into the value of human life as considered from a natural, metaphysical, or even a conventionally moral point of view. It is, instead, exclusively grounded on a kind of extension of other legal concepts, which have been used for a longer time. It is like a mix of the concepts of “property,” “born human life,” and “unborn but viable human life.”<sup>80</sup> And being a mix of all three, it has neither the same significance nor, of course, the same legal force, as the third of the three. That is why this “special respect” amounts to less than nothing from a practical point of view, for if there is a rule concerning the destiny of embryos, it is that they should be discarded in case of disagreement between the progenitors.

Argentine case law is not as uniform as the American one in the degree to which the connection is acknowledged between different “language games,” and the semantic theory implied therein. The metaphysical and moral perspectives of interpretation do not seem clearly acknowledged in *Portal* and *Tanus*, where the legal status of the embryo is asserted as a necessary conclusion based on scientific and legal statements.<sup>81</sup> It is plainly stated in *Rabinovich*, where, in the face of both the textual indeterminacy concerning the embryo’s legal status and the fact of scientific discussions concerning the moment when a new human being appears, the Court of Appeals based its interpretation of the embryo as a legal person on the moral and legal *pro homine* principle.<sup>82</sup>

In any case, this more or less open recognition that the legal “language game” is connected to the scientific and moral ones expresses both the conviction that legal concepts are not purely constructed from the inside of the legal practice, and that something exists prior to human social practices and language which claims respect.

Nevertheless, it should be noted that it is also clear that all of the Argentine Courts complemented this attention to the biological and moral nature of a human person with the actual use of the concept itself within the legal practice, when interpreting

<sup>79</sup> See *supra* notes 8-10.

<sup>80</sup> See *supra* note 30.

<sup>81</sup> See *supra* notes 38-41.

<sup>82</sup> See *supra* notes 58-64.



the concept of legal personhood. The role of use within the legal practice was particularly relevant when the question was not to determine the definition of legal personhood, but rather what the legal consequences of recognizing the entitlement to legal personhood are; or how the law should deal with scientific doubts concerning the moment when fecundation takes place;<sup>83</sup> or the way contraceptives operate. These questions were, in all cases, approached with interpretative rules internal to the Argentine legal practice, such as the principle of *pro homine*.

As mentioned above, not all Argentine Courts enforced this principle with the same consequences. Some of them applied it in favor of the mother's assumed right to conceive children, and others in favor of the life of the embryo. Two related explanations can be advanced for this disagreement. In the first place, the proposition referred to by the legal statement "*pro homine*" is not at all evident or manifest. It is not evident if the principle is an appropriate ground for determining who is entitled to its protection, nor is it clear who should benefit when its enforcement postpones another person's claimed rights.

Second, precisely because of this lack of manifestation, its practical significance differs according to the concept of justice from which each interpreter determines the global and final justificatory point of law. The more this concept of justice is attached to privacy and moral autonomy, the less value is attributed to the life of an embryo, which corresponds to less entitlement to legal protection. On the contrary, the more the concept of justice is attached to dignity as a universal and non-variable claim of respect—related to the concept of moral autonomy, but not to be confused with it—the more value is attributed to embryonic life, resulting in a greater entitlement to legal protection.

## V. WHICH SEMANTIC THEORY SHOULD GOVERN LEGAL PRACTICE?

Two semantic strategies and conceptions underlie the two legal practices compared here: a traditional, or "criterial," semantics on one side, and a sort of "light"—with ample space for social construction—realist semantics on the other. The last question to be posed is: which of these is more coherent with the categorical and universal nature of fundamental rights?

The discussions regarding which is the semantic *praxis* that better fits these features of fundamental rights are too ample to be reviewed in this article. However, it seems appropriate, at least, to point out that they lead us back to the basic choice that was stated above, i.e., either the fundamental rights principles are social constructions

<sup>83</sup> See Rabinovich, *supra* note 58.

that precede and determine their own frame of reference; or else their reference—some basic human good—precedes and determines its meaning.<sup>84</sup>

If the meaning or concept of fundamental rights is exclusively the product of a more or less controlled social construction, and more importantly, if a construed meaning determines its own field of reference, it would be extremely hard to predicate the universality and absoluteness of fundamental rights principles. By contrast, their extension as its categorical or absolute nature would depend upon the will for a social construction of meaning to lead. Some political philosophers supporting this constructive approach to fundamental rights principles have openly admitted that it is irreconcilable with their categorical and universal nature, particularly when applied to the legal concept of personhood.<sup>85</sup>

Others are much more reticent to admit this openly. Thus, Ronald Dworkin has expressly rejected what he deems to be a criterial semantic approach to law, according to which all legal concepts—including the concept of law itself—are constructed from inside the practice, with no other basis than the sheer fact of a convergence of their criteria in use within the practice. Against this claim, Dworkin contends that legal concepts are interpretative and thus there is no need of fundamental convergence in their use.<sup>86</sup> Additionally, he has pointed out that legal and political concepts are the product of a collective constructive practice in the light of moral and political values and, in the end, in the light of a substantive conception of what qualifies as a good life. In this sense, he aims to distinguish himself not only from classical positivistic approaches to law, which claim the neutral nature of the constructive process of legal concepts, but also from Rawls' Theory of Justice, which aspires to exclude "comprehensive conceptions" from the constructive process of political values.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> As is well known, the alternative between giving priority to reference over meaning when determining the sense of concepts was stated and developed in the field of Philosophy of Language by KRIPKE, Saul. **Naming and Necessity**. Oxford: Blackwell, 1980; and PUTNAM, Hillary. **Meaning and reference**. *Journal of Philosophy*, Hanover, v.70, p. 699-711, 1973; These theories were applied to the problem of legal interpretation by MOORE Michael S. **Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation**, *Fordham Law Review*, New York, v. 59 p. 2087-2117, 2001. p.2091; among other works; and, with some differences, by STAVROPOULOS, Nicos. **Objectivity in Law**. Oxford: Clarendon Press, 1996; and BRINK, David O. **Legal Interpretation, Objectivity and Morality**. In: LEITER, Brian. **Objectivity in Law and Morals**. Cambridge: Cambridge University Press. ed.1, 2001. p. 12-65. For a critical revision of these theories see BIX, Brian H. **Can Theories of Reference and Meaning Solve the Problem of Legal Determinacy?** *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, p.281-295, 2003. Regarding the limitative role of semantics in interpretation out of the English language field, see, e.g., WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Traducción: Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverria. v.9, series *Doctrina Jurídica Contemporánea*. México: Fontamara 2001. p.108; and ZAMBRANO, Pilar. **Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia**. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia. *Persona y Derecho*, Navarra, n. 60, p. 131-152, 2009.

<sup>85</sup> See, e.g., RAWLS, John. **Political Liberalism**. expanded ed., Columbia Classic in philosophy, 2005.p.20.

<sup>86</sup> See DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986; *supra* note 2, at 46; DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006; *supra* note 2, at 12, 151.

<sup>87</sup> See DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006; *supra* note 2, at 160-161, 225-226.

Ronald Dworkin's answer to them both is that all interpretative concepts are the product of a holistic constructive practice that synthesizes natural, moral, legal, and political concepts. This holistic account seems much more faithful to legal practice than the "criterial one." In effect, as has been shown above, both the Argentine and the American Courts rely on a holistic approach to the concept of legal personhood, no matter how much they both try to disguise this fact.

Now, as we have previously mentioned, it is obvious that criterial semantics implies a negative answer to the question of deference to reality. But the opposite is not obvious. For the question is not only to what degree are legal concepts related to moral, political or natural concepts, but also, if anything exists prior to the whole conceptual constructive process itself. To this Ronald Dworkin would answer "no," or better, "it doesn't matter:" the only basis for the whole constructive process is a "reflective equilibrium" between coherence and conviction.<sup>88</sup> But this mix of conviction and coherence is all that Dworkin claims for moral objectivism.

There is no place in his theory—nor any need, according to him—for self-evident or self-justified practical propositions, or for the claim that these propositions bear any relationship with human nature.<sup>89</sup> And it should be noted that although self-justified, practical propositions are generally the object of moral and political convictions, this is not always the case or, much more importantly, their epistemic justification.

Now, without reference to self-justified practical propositions, there is no critical instance with which to confront the whole conceptual constructive process.<sup>90</sup> Instead, if reference leads the abstraction of meaning, when legal authorities construe intricate and obscure meanings (as, in fact, they have already done in relation to the legal concepts of "person" and "special respect"), the reality referred to by these legal and moral concepts would make clear that there is abuse in the use of language. For no matter how much *imperium* courts may have to construct and reconstruct concepts in the social sphere in general, and in the world of law in particular, they lack the power to transform, and least of all to deny, the referential frame of this construction. In other words, if reference precedes meaning, then human or fundamental rights principles

<sup>88</sup> *Id.* at 162.

<sup>89</sup> *Id.* at 226-227, and DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 25, p. 87-139, 2006.p.118.

<sup>90</sup> Both the possibility of grounding moral and legal objectivity in self-evident practical principles, and the possibility of acknowledging a connection between these principles and natural human ends, has constantly been defended by the New Natural Law school of thought and, especially in the field of law, by John Finnis. See, among many other works, FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 2011; chapters 23-24, and FINNIS, John. *Introduction to 1 Natural Law* at xi. In: FINNIS, John; DEVER, Carolyn (editors). **The international library of essays in law & legal theory series**. v.1, Dartmouth: Dartmouth Press, 1991.

and their characteristic universality—for each and everyone—and absoluteness, in all cases, would be invulnerable to the abuses of language.<sup>91</sup>

Having reached this stage of the discussion, it is worthwhile to ask, one last time: which semantic practice better fits the conceptual, and therefore the necessary, characteristics of human rights? A practice that construes concepts from a vacuum, or a practice that construes them from a grasp of reality? In this latter case, how does the reality referred to by the concept of human rights narrow the construction of the legal concept of person? Is it not by imposing the only condition that its admittance be universal for every man, and absolute in each and every situation?

## VI. REFERENCES

ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.

BALKIN, Jack M. How Genetic Technologies will Transform *Roe vs. Wade*, **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 56, p. 843-864, 2007.

BIX, Brian H. Can Theories of Reference and Meaning Solve the Problem of Legal Determinacy? **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, p. 281-295, 2003.

BRADLEY, Gerard V. Life's Dominion: a Review Essay. (book review), **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 69, p. 329-, 1993.

BREEN, John M; SCAPERLANDA. Never Get Out the Boat. *Stenberg vs. Carhart and the Future of American Law*. **Connecticut Law Review**, Hartford, v. 39, n.1, p. 297-323. 2006.

BRINK, David O. Legal Interpretation, Objectivity and Morality. In: LEITER, Brian. **Objectivity in Law and Morals**. Cambridge: Cambridge University Press. ed.1, 2001.

CAPRON, Alexander Morgan. Philosophy and Theory: Life's Sacred Value - Common Ground or Battleground? **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 92, p. 1491-, 1994.

COLESON, Richard. Judicial Standard of Review and Webster, **American Journal of Law & Medicine**, Boston, v. 15, p. 211-. 1989.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Havard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Havard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Havard University Press, 1986.

---

<sup>91</sup> For an approach to the constructivist semantics that underlies the line of cases following *Roe*, see BREEN, John M; SCAPERLANDA. Never Get Out the Boat. *Stenberg vs. Carhart and the Future of American Law*. **Connecticut Law Review**, Hartford, v. 39, n.1, p. 297-323. 2006. p. 304.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006

DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 25, p. 87-139, 2006.p.118.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 197

DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled, **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 59, p. 381-, 1992.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 2011.

FINNIS, John; DEVER, Carolyn (editors). **The international library of essays in law & legal theory series**. v.1, Dartmouth: Dartmouth Press, 1991.

GREEN, Abner S. Uncommon Ground, **George Washington Law Review**, Washington, D.C. v.62 p.646-650, 1994.

KALINOWSKI, George. **Introducción a la Lógica Jurídica**. Traducida por Juan A. Casaubon. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

KAMM, Frances M. Abortion and the Value of Life: A Discussion of Life's Dominion, (book review). **Columbia Law Review**, New York, v. 95, p. 160-122, 1995.

KRIPKE, Saul. **Naming and Necessity**. Oxford: Blackwell, 1980.

LUGOSI, Charles. Conforming to the Rule of Law: When Person and Human Being Finally Mean the Same Thing in the Fourteenth Amendment Jurisprudence. **Issues in Law & Medicine**, Chicago, v. 22, p. 119-303, 2006/2007.

MOORE Michael S. Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation, **Fordham Law Review**, New York, v. 59 p. 2087-2117, 2001.

PUTNAM, Hillary. Meaning and reference. **Journal of Philosophy**, Hanover, v.70, p. 699-711, 1973.

RAKOWSKI, Eric. The Sanctity of Human Life, (book review) **Yale Law Journal**, New Haven, v. 103, p. 2049-, 1994.

RONHEIMMER, Martin. Fundamental Rights, Moral Law, and the Legal Defense of Life in a Constitutional Democracy: A Constitutionalist Approach to the Encyclical Evangelium Vitae, **The American Journal of Jurisprudence**, v. 43, p.135-183, 1998.

STACY, Tom. Reconciling Reason and Religion: On Dworkin and Religious Freedom. **George Washington Law Review**, Washington, D.C., v. 63, n.1, p.1-75, 1994.

STAVROPOULOS, Nicos. **Objectivity in Law**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

STENGER, Robert. Embryos, Fetuses and Babies: Treated as Persons and Treated with Respect. **Journal of Health & Biomedical Law**, Boston, v. 2, n.1, p. 33-67, 2006.

STITH, Richard. On Death and Dworkin: A Critique of his Theory of Inviolability. **Maryland Law Review**, College Park, v. 56, n. 2, p. 289-383, 1997.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. Traducción: Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverría. v.9, series Doctrina Jurídica Contemporánea. México: Fontamara, 2001.

VALLAURI, Luigi Lombardi. **Corso di filosofia del Diritto**, Padova: CEDAM, 1995.

VINCINGUERRA, Joshua S. Showing "Special Respect" – Permitting the Gestation of Abandoned Preembryos. **Albany Law Journal of Science & Technology**, Albany, v.9, p. 399-422, 1999.

WALEN, Alec. The Constitutionality of States Extending Personhood to the Unborn, **Constitutional Comentary**, Buffalo, v. 22 p.161, 2005.

YANG, Diane K. What's Mine is Mine but What's Yours Should Also Be Mine: An Analysis of State Statutes that Mandate the Implantation of Frozen Preembryos. **Journal of Law and Policy**, v. 10, p. 587-592, 2002.

ZAMBRANO, Pilar. Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 60, p. 131-152, 2009.

ZAMBRANO, Pilar. **La inevitable creatividad en la interpretación jurídica una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

ZAMBRANO, Pilar. Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en el Derecho. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin. **Persona y Derecho**, n. 56, p. 281-326, 2007.





## Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective

### *Tutela judicial do direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparada*

**VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE\***

Universidade Estácio de Sá (Brasil)  
vanicevalle@gmail.com

**Recebido/Received:** 07.01.2014 / January 7<sup>th</sup>, 2014

**Aprovado/Approved:** 28.01.2014 / January 28<sup>th</sup>, 2014

#### **Resumo**

Constitucionalismo cooperativo é a palavra de ordem no século XXI, e a criação de uma rede judiciária é uma ferramenta importante para o desenvolvimento de um sistema de proteção aos direitos humanos. Este artigo contribui neste campo, relatando a moldura constitucional e as principais decisões havidas nas Cortes Constitucionais brasileira e colombiana, na proteção ao direito fundamental à moradia. A comparação é justificada pela proximidade histórica na transição jurídica em ambos os países – a do Brasil, em 1988, e a da Colômbia em 1991 –; e também pela clara inspiração que a Colômbia houve da constituição brasileira. Como a narrativa vai demonstrar, cláusulas constitucionais formais não foram o elemento-chave para assegurar eficácia ao direito fundamental à moradia; os resultados na Colombiana apresentam-se mais sólidos e baseados em parâmetros normativos, não obstante o texto da constituição não proveja direitos revestidos de eficácia imediata.

**Palavras-chave:** direito fundamental à moradia; jurisdição constitucional no Brasil e na Colômbia; direitos socioeconômicos; interpretação constitucional.

#### **Abstract**

Cooperative constitutionalism is the watchword in the 21<sup>st</sup> century, and the creation of a judicial network is an important tool to improve human rights protection. This paper intends to contribute in that field, reporting the constitutional framework and the main decisions held by the Brazilian and the Colombian Constitutional Courts in protecting housing rights. The comparison is justified by the historical proximity in the juridical transition in both countries – 1988 in Brazil and 1991 in Colombia –; and also by the clear inspiration that Colombia took in the Brazilian Constitution at the time of their Constituent Assembly. As the narrative may show, formal constitutional clauses were not the key element to assure some level of efficacy to the housing right; Colombian results seems to be more solid and based in normative parameters, even though the literal text of the constitution does not provide housing rights with immediate efficacy.

**Keywords:** housing right; judicial adjudication in Brazil and Colombia; socioeconomic rights; constitutional interpretation.

Como citar este artigo | How to cite this article: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>

\* Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA (Rio de Janeiro-RJ). Pós-doutorado pela EBAPE/Rio (Fundação Getúlio Vargas). Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro-RJ). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro.



## CONTENTS

**1.** Comparative constitutionalism: barriers in learning from each other. **2.** Redemocratization in Latin America at the end of the XX century: the Brazilian and the Colombian cases. **2.1.** Constituent Assembly in Brazil and Colombia – a brief historical overview. **2.2.** Fundamental rights in the constitutional system in Brazil and Colombia. **2.3.** Legal guarantees of fundamental rights in Brazil and Colombia. **3.** Housing rights in Brazil and Colombia: constitutional framework. **4.** Judicial examination of the housing right in Brazil and in Colombia. **4.1.** Assertion of the justiciability of the housing right in Brazil and Colombia. **4.2.** Scope of judicial analysis in housing rights lawsuits in Brazil and Colombia. **5.** Judicial protection in housing rights and democracy: a subject to be faced in Brazil and also in Colombia. **5.1.** Scarcity and public choices. **5.2.** Legitimacy and emancipation. **6.** Conclusion. **7.** References.

### 1. COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM: BARRIERS IN LEARNING FROM EACH OTHER

Constitutionalism and judicial review, as featured in postmodern political practice in democratic States, is an idea that has broken frontiers and now prevails from the United States to the more recently institutionally reorganized republics in Africa and Asia. After all, according to a so called canonical view, “the crowning proof of democracy in our times is the growing acceptance and enforcement of the idea that democracy is not the same thing as majority rule”<sup>1</sup> – which leads to an institutional design that contemplates counter majoritarian tools that may guarantee minorities a political voice.

The universalization of that model – constitutionalism and judicial review – brought an unexpected bonus: submission of conflicts related mainly to fundamental rights to Constitutional Courts worldwide, providing a rich environment to comparative analysis, and the possibility of a productive exchange between these same courts<sup>2</sup>. That environment allows comparative constitutionalism to move from constitutional texts to real examples in constitutional adjudication, creating what Tushnet<sup>3</sup> called judicial network, provided the necessary dialogue between Courts and countries.

That kind of exchange is especially useful in countries in which constitutional provisions related with fundamental rights embrace also the socioeconomic ones, proposing all the difficult questions related with immediate or progressive realisation, funding, minimum core, etc. In facing those challenges, getting in touch with foreign experiences might be enlightening.

<sup>1</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 2004, p. 1.

<sup>2</sup> Zagrebelsky, referring to that same exchange phenomena uses the expression “judiciary cosmopolitism” (ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, nº 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 1135-1151).

<sup>3</sup> TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law (December 18, 2008). **Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06.** Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1317766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766>

The South African Constitution embraces expressly that idea, allowing their courts to consider foreign law in their own reasoning<sup>4</sup>. In other precedents, Constitutional Courts world have been evoking each other rulings, building a some what general consensus in conceptualizing human rights and the best strategies to protect them in an hostile environment as such provided by extreme individualism and profound social cleavages. The phenomena – one of the many aspects of what Schauer has already called legal transplantation<sup>5</sup> – seems to be in an ascendant path, due to many reasons, among which one should include the growing importance of international courts and forums oriented to building a transnational view of the inherent relationship between democracy and law<sup>6</sup>.

That kind of global or transnational jurisprudence is perceived, especially by Constitutional Courts as a powerful tool to learn about foreign understanding related to human rights<sup>7</sup>; and also to increase the legitimacy and effectiveness in their own decisions. One notable exception in accepting foreign approaches in legal reasoning when it comes to human rights is the United States, the idea that any kind of interchange may result in a cultural contamination, therefore, in some kind of depreciation of the American constitutional interpretation is still somehow, present<sup>8</sup>. Even in the US, the perception that globalizing jurisprudence may be useful is a rising path<sup>9</sup>, as can be noted from Justice Breyer's assertion at Yale Law School, last September 19, 2014, according to which "The only way to preserve our American values, which are now widely shared, is to know more — not less — about what is going on abroad,"<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> South Africa Constitution, Chapter 2 – Bill of Rights, Sec. 39 – Interpretation of Bill of Rights: When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.

<sup>5</sup> SCHAUER, Frederick. **The politics and incentives of legal transplantation**. CID Working Paper n° 44, April 2000, Law and Development Paper n° 2, [on line], available at <[http://www.hks.harvard.edu/var/ezp\\_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centers-programs/centers/cid/publications/faculty/wp/044.pdf](http://www.hks.harvard.edu/var/ezp_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centers-programs/centers/cid/publications/faculty/wp/044.pdf)>, access in 02/15/2013.

<sup>6</sup> The Venice Commission is a good example of an advisory body on constitutional matters that started assembling European countries, and that now aggregates also Latin American and Asian states like Chile, Korea, Morocco and Brazil.

<sup>7</sup> One notable exception in accepting foreign approaches in legal reasoning when it comes to human rights is the United States, where it's still predominant the idea that any kind of interchange may result in a cultural contamination, therefore, in some kind of depreciation of the American constitutional interpretation. Systematizing objections to the use of foreign decisions as even a persuasive argument, POSNER, Richard. *No thanks, we already have our own laws*. Legal Affairs July/ August 2004. Available at [http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp), access in 01/31/2013.

<sup>8</sup> Presenting objections to the use of foreign decisions as even a persuasive argument, POSNER, Richard. *No thanks, we already have our own laws*. Legal Affairs July/ August 2004. Available at [http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp), access in 01/31/2013.

<sup>9</sup> Systematizing statistics and precedents in which the use of transnational jurisprudence, Globalizing Jurisprudence, MCKINSTRY, Lucy. *The Use of Foreign Authority in Domestic Constitutional Interpretation*. **Eruditio - Duke University's Undergraduate Humanities Journal**, Volume 28: 2007-2008, [on line], available at <https://web.duke.edu/eruditio/McKinstry.html>, access in 10/28/2014.

<sup>10</sup> SHIMER, David. Supreme Court justice underscores constitutional values. **Yale Daily News**. September 19, 2014. Available at <http://yaledailynews.com/blog/2014/09/19/supreme-court-justice-underscores-constitutional>

Nevertheless, there are still barriers that elude the potential learning benefits when it comes to that desired exchange between constitutional courts. Social context, political ambience, judicial practice, institutional design; all these are elements that help understanding why in some cases, a Court's decision supports a broader comprehension or a minimalistic approach when it comes to a certain fundamental right; a mandatory remedy or a dialogical one<sup>11</sup>.

Another barrier – prosaic, but still relevant – is language. Even though Spanish, is a language spoken by more than 330 million people, which may lead to a greater dissemination to the decisions held by, Latin American Courts, the fact is that the law community, even in that same continent has not achieved the ideal level of exchanging experiences and critical analysis. Language can also be the reason why the so-called constitutionalism of the Global South<sup>12</sup> encompasses distinct experiences like India and South Africa – but excludes Brazil and Argentina. Still, courts' decisions deal with repeated subjects – especially in the human rights field, where states echoes worldwide a quite similar agenda, strongly influenced by the concerns noted in the international community.

This paper is part of an effort toward breaking through this isolation<sup>13</sup>, sharing a judiciary perception revealed in recent decisions in Brazil and Colombia, on the particular subject of housing rights. The main purpose is to allow a broader understanding of how that fundamental right has been normatively entrenched in the Brazilian and the Colombian constitution, and how the judiciary, highlighting similarities and differences in each experience, is reading that formal provision. A dialogue may happen, in certain aspects, with decisions held by the South African Court, which has, since the *Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom vs. others*, also developed very interesting parameters to judiciary scrutiny when it comes to protecting housing rights.

---

values/; access in 10/28/2014.

<sup>11</sup> Pointing out the difficulties related with a real understanding of the real social, political, cultural and economic conditions that constrict constitutional law in a country in which you are not directly inserted, ZUMBANSEN, Peer, Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order (2011). **Comparative Research in Law & Political Economy**. Research Paper No. 24/2011. Available at <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/62>, access in 03/12/2013.

<sup>12</sup> MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South**. The Activist Tribunals of India. South Africa and Colombia. US: Cambridge University Press, 2013.

<sup>13</sup> A first effort in publicizing how socioeconomic rights have been judicialized in the Brazilian experience can be found in VALLE, Vanice Lirio do. **Judicialization of Socio-Economic Rights in Brazil: The Subversion of an Egalitarian Discourse** (March 30, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2031719> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2031719>. Analyzing the troublesome effect of judicialization – the regressive potential present in that kind of adjudication, VALLE, Vanice Lirio do, **Judicialization of Socioeconomic Rights in Brazil: Mercantilization of the Fundamental Rights as a Deviance in Rights Protection**. Paper presented in the 3rd YCC Conference - American Society of Comparative law, (April, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2511648>.

The comparative analysis between the Colombian Constitutional Court, and the Brazilian judicial decisions in the matter, evidences a very significant empirical finding: the effectiveness of a socioeconomic right do not rely in its normative assertion. After all, it is always very difficult bring to reality provisions that formulate allocative choices about public expenditure through socioeconomic rights. That practical evidence reaffirm that constitutional choices are not out of the politics realm of deliberation; and underlines the need of new tools, when it comes to adjudication in judicial review; tools that may face a structural problem related with the ineffectiveness of a socioeconomic rights, using the same approach.

This paper is presented in 6 parts: in Part I the possible contribution from the Brazilian and Colombian experiences to a supranational judicial network in the housing rights subject is discussed. Part II is dedicated to a narrative of the political processes that lead to the Brazilian and the Colombian constitution in the late 80's and early 90's. Understanding the political ambience is a key factor to comprehending the constitutional features on both countries, and the subsequent development of its interpretation in socioeconomic rights. Part III presents the constitutional provision in the Colombian and the Brazilian constitutions in regard to housing rights; it will also describe the general aspects of how the constitutional matter related with a violation of such right may be brought to judicial appreciation. In Part IV some relevant decisions will be brought to attention, in order to allow a glance of how those Constitutional Courts are dealing with these conflicts. Part V finally presents an important feature not explored by either of the courts: the participatory dimension, and its importance in enforcing a democratic practice.

## 2. REDEMOCRATIZATION IN LATIN AMERICA AT THE END OF THE XX CENTURY: THE BRAZILIAN AND THE COLOMBIAN CASES

The last three decades held a sensible number of transitional political changes in Latin America, most of them resulting in new constitutions<sup>14</sup>, or in profound amendment processes in the previous texts<sup>15</sup>. These experiences held in countries that carry common traces of historicity and geography, have been studied as different manifestations of what has been named Latin American constitutionalism<sup>16</sup>. The Brazilian and

<sup>14</sup> Brazil was the first one to adopt a new constitution in 1988, followed by Colombia (1991), Paraguay (1992), Peru (1993), Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009).

<sup>15</sup> Costa Rica was the first one to step into that path in 1989, followed by Mexico (1992) and Argentina (1994).

<sup>16</sup> Analyzing features of the Latin America constitutionalism, UPRIMNY, Rodrigo. The recent transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and challenges. *Texas Law Review*, Vol. 89, 2011, p. 1587/1609. Available at: <http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Upimny-89-TLR-1587.pdf>, access in 01/31/2013. For a broader analysis, grounded in historical aspects of the constitutionalization process in Latin America, GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*. US: Oxford University Press, 2013.

the Colombian experiences are very close given to time proximity, therefore, to the express inspiration that the latter one took in ideas from the former. Surely, both texts have already been amended – but these changes have not subverted the original foundational idea translated in both constitutions.

## **2.1. Constituent Assembly in Brazil and Colombia – a brief historical overview**

The two countries engaged themselves in a political transformation through negotiation and agreement, in spite of violence or revolution, even though they had experienced serious arbitrariness and violence in their recent past. That search for settlement brought very peculiar features to the political process through which both the constitution were written – and should be took into account in order to comprehend the result of the constituent assembly in each of the two countries.

In Brazil, after almost three decades of military dictatorship, and the defeat in 1984 of the massive popular movement in favour of direct elections to presidency<sup>17</sup>, the country found itself with a former leader of the conservative party as President – and the approval of a new constitution appears to be a proper strategy to consolidate the redemocratization process. Without the charismatic leadership of Tancredo Neves, and dealing with the contingency of a non-wanted President; a man who has had relations with the military regime; the delicate balance among forces needed something new in the public agenda that might lay as foundation to a deeper change.

The Constitutional Assembly was called through a constitutional amendment sent to the national Congress by President Sarney in July 1985, in the very early days of his term. The amendment granted constitutional powers to the National Congress, which was to be elect in 1986, a mild solution that brought a lot of criticism because it would lead to an accumulation of the ordinary legislative functions, with the more prominent task of carving the new Fundamental Law.

Despite the initial difficulties, the Constituent Assembly took place, and deliberation happened in an ambience of delicate balance between conservative forces, and progressive ones. Brazilian political literature points that the inclusion of a broad list of fundamental rights – related with liberty, but also socioeconomic ones – was the

<sup>17</sup> The popular campaign asking for direct elections for presidency in 1984 was defeated – the constitutional amendment needed to do so was not approved, and so the Electoral College prevail as the way to nominate the President. Nevertheless, millions of citizens in the street asking for direct elections for the presidency showed conservatives that they would not be able to elect whoever they want; the solution was to compromise with Tancredo Neves candidacy – a man identified with the redemocratizing movement, but also a very experienced politician, who was believed to have the ability to complete the political transition with the military. Unfortunately, Tancredo Neves got ill in his inauguration's eve, and the Vice-President took office – at first, as a provisory decision; becoming definitive with the death of the elected President in April 21st, 1985. José Sarney, a former leader in the conservative party, indicated as Vice-President in the slate as a strategy of facilitating a winning in the Electoral College was, out of pure dumb luck, President in Brazil.

strategic path adopted by the progressive forces that were present at the Constituent Assembly, in order to create at least, priorities in the political agenda settled by social inclusiveness. That plan of action was complete with an institutional design that contemplates a variety of agents that might control the adherence, by the political process, to those constitutional values and priorities.

In 1988, the Constitution was promulgated, and given the name “the Citizen Constitution”, since it prioritised the country’s citizens and the national goal of social inclusion. Even though the 83 amendments that were already approved in the Brazilian constitution, the central distribution of power, and the main commitment with social transformation is still there – actually, it is reinforced by new clauses related with public funding for all those socioeconomic rights.

Colombia also had its Constitutional Assembly summoned through an unconventional path. At the end of the 80’s, President Virgilio Barco intended to summon a *referendum* to consolidate peace agreements with rebel political movements in Colombia – especially M-19, but the drug trafficking movement reacted so violently that the idea was postponed indefinitely.

The trigger to overcome that deadlock was a student movement called “The seventh ballot”. It all began with a popular campaign, proposing that the nation’s citizens, who were to vote for seats in the Senate, House of Representatives, Departmental Assembly, and other political positions, brought with them to the voting booth a seventh ballot (a simple paper with a pre-agreed message) in which they’d express their desire to have a Constitutional Assembly summoned. Answering to that informal call to express their desire for a new Constitution, 2 million citizens, comprising a total of 88% of the votes, brought the seventh ballot to voting booths – which showed the inevitability in summoning the Constitutional Assembly.

A legislative decree<sup>18</sup> was then edited – *Decreto Legislativo* 927 de 1990 (3 de mayo) – allowing the electoral branch to consider ballots in which the people would be inquired about their agreement with the summoning of a Constituent Assembly, designated to promote a large constitutional reform. Those ballots should be offered and counted in the presidential election that would be held in the same year – and might give more formality to the undoubted popular will showed through the “Seventh Ballot” movement. One should take into account that the country had been under siege for the past 6 years, and that certainly, a Constituent Assembly could not be summoned by a simple act of the Executive branch “allowing” votes to be counted. It was a bold choice, quickly submitted to judicial scrutiny by the Supreme Court, arguing about that formal flaw.

<sup>18</sup> The expression “legislative decree” could be deceiving; this is a normative act – for sure – but edited by the Executive Branch.

In spite of all the legal concerns, the Supreme Court of Justice held the decree constitutional<sup>19</sup>, pronouncing that the deliberation it held was among in the inherent powers grant to the President by the siege. The Court also proclaimed an “evident” connexion between the summoning of the Constituent Assembly; the definitions of a new institutional framework to political power and the overcoming of the violence and the lack of institutional order that determined the siege itself. As a result, convene the Constituent Assembly was affirmed to be possible, and the next step was to model the proceedings that may be applied.

The design of the procedure to be observed through constituent deliberation was turned public by *Decreto Legislativo* 1926 de 1990, drawing limits to the Assembly’s deliberation – all of them related to a political agreement celebrated between the competing forces that lead Colombia to the path of violence and instability resulting in the siege<sup>20</sup>. The Supreme Court of Justice in examining that new decree sustained the same approach about the importance of a free and unlimited Constituent Assembly, that should give voice to a (re)foundational pact among Colombians<sup>21</sup>. That premise leads to a decision holding unconstitutional the provisions in that decree which represented limitations to the free deliberation of the peoples representatives in the Constituent Assembly. In the use by the Court of a quotation from Bobbio<sup>22</sup>, one could identify the leading thought in those decisions: the political life is develop through conflicts never completely solved, in which a solution is achieved through agreements, truce and those more lasting peace treaties called constitutions.

The Constituent Assembly took place in Colombia in a very pluralistic political ambience, reincorporating social tendencies that were excluded of the political life<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> COLOMBIA. SUPERIOR COUT OF JUSTICE. Sentencia 59, mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990). Sala Plena, Expediente No. 2149 (334-E). Available at [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj\\_nf/sp/1990/csj\\_sp\\_s59\\_2505\\_1990.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s59_2505_1990.html).

<sup>20</sup> The political process to build some kind of agreement that may facilitate the approval of a new constitutional order is similar to the one held in South Africa. A broad conversation involving political parties, social movements and even paramilitary organizations in Colombia ended with the stipulation of subjects that should be reformed or brought to the constitutional reform – just like the 34 points that guided the South Africa constitutional process. In Colombia, due to a fear that the delicate balance might be lost, the proposal in Decreto Legislativo numero 1926 de 1990 was that only those specific subjects were to be considered in the deliberation process – and that was the clause ruled unconstitutional by the Court, given to the unacceptable result of the originary constituent power.

<sup>21</sup> COLOMBIA. SUPERIOR COURT OF JUSTICE. Sentencia 138, octubre nueve (9) de mil novecientos noventa (1990). Sala Plena, Expediente No. 2214 (351-E). Available at [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj\\_nf/sp/1990/csj\\_sp\\_s138\\_0910\\_1990.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s138_0910_1990.html), access in 02/05/2013.

<sup>22</sup> COLOMBIA. SUPERIOR COURT OF JUSTICE. Sentencia 59, mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990). Sala Plena, Expediente No. 2149 (334-E). Available at [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj\\_nf/sp/1990/csj\\_sp\\_s59\\_2505\\_1990.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s59_2505_1990.html), Consideraciones de la Corte, c) La conexidad.

<sup>23</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court.** [on line], available at <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=housing%20rights%20colombia%20constitutional%20court&source=web&cd=9&ved=0CF8QFjAl&url=http%3A%2F%2Fwww.dejusticia.org%2Fadmin%2Ffile>>



As a result, the deliberative process was – just like in Brazil – very balanced, each subject held at a time, in a delicate operation destined to build consensus.

This was not the last event in the Colombian constitutional life – the political instability, and the recurrent issue of reintegrating in political life who had been involved with violent tactics in the past still impels new proposals in constitutional amendment. Such initiatives, like the previous constitution amendment that took place in 2003, and the current proposition in expanding jurisdiction to military courts, in order to examine incidents of violence and crime that occurred during the harsher siege period; although very important to build an accurate understanding about the Colombian constitutional ambience, won't harm the analysis in the judicial appreciation of conflicts related with socioeconomic rights, and specially, the housing rights.

Given to their root in a strong popular mobilization as a trigger to constitutional change, it is not surprising that in both countries, the new fundamental chart came to light with a strong commitment to promoting democracy in its two dimensions (representative and participative)<sup>24</sup> and to fundamental rights, social justice and promoting equality. The problem is that those new systems require a completely different way in building public choices. Public Administration has now constitutional guidelines about which should be the result of its own plan of action, and defiance of those same purposes qualifies as a constitutional violation, and can be object of judicial scrutiny, through a huge variety of lawsuits. A new balance of powers is to be establish, in a normative system in which constitutional law requires public action from the Executive and Legislative branch – and allows the Judiciary to rule about sufficiency, adequacy and efficiency of those same public policies.

## 2.2. Fundamental rights in the constitutional system in Brazil and Colombia

Even though theoretical categories like transitional, aspirational or transformation constitutionalism<sup>25</sup> were not organized in the early 90's – and cannot be pointed

---

php%3Ftable%3Ddocumentos\_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D67&ei=wRoeUZSfLoaY-9QTu8ID4Ag&usg=AFQjCNHlpwsZ6gvQRI-38EUzpX\_HvGLXlg&bvm=bv.42553238,d.eWU>, access in 02/15/2013: "As a result, more than forty per cent of the delegates did not belong to the Liberal and Conservative parties, which until that day had dominated the political scene, and many interpreted the situation as the end of the two-party system of political domination. Moreover, given that the voting system was based on qualified majorities, and there was no clearly dominant group, all the assembly's delegates had to seek consensus and organize dialogue and transactions to make decisions".

<sup>24</sup> In Colombia, participation as an essential feature of democracy was a pivotal subject; after all, the paramilitary organizations intended to be reinserted in the political life. In Brazil, on the contrary, consolidating a representative democracy was the first concern – after all, the constitution succeeded three decades of authoritarian military government, in which even when elections took place, the representation principle was undermined by elections rules, and the occupancy of political positions like Senator or mayor in the states capitals happened through direct nomination – and not democratic suffrage.

<sup>25</sup> Systematizing features of transitional constitutionalism, YEH JIUNN-RONG e CHANG WEN-CHEN. The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective (march 31, 2009). **National Taiwan University Law review**, Vol. 4, No 1, pp.158, 2009. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=1482863>>, access



as a model or inspiration for the Brazilian or Colombian constitutions –, the intention of promoting change and overcoming social exclusion presents itself as a clear objective in both political experiences<sup>26</sup>. In fact, committing to fundamental rights was a strategy carried by progressive forces in both Constituent Assemblies to establish a political agenda oriented to social inclusiveness, in subjects where, at that time, there was not enough political consensus to allow a definite constitutional provision<sup>27</sup>.

Both constitutions came to light with an extensive list of fundamental rights, including those referred to as socioeconomic ones. In a comparative perspective, that strategy aligns with a worldwide tendency in constitutional design present since the late 1990's, of formally recognizing socioeconomic rights. The analytic structure adopted particularly by the Brazilian Constitution – there are 78 individual fundamental rights listed in article 5; and 34 in article 6, which contemplates socioeconomic rights<sup>28</sup> – is a testimony of the belief that social transformation may be achieved through constitutional commitments.

Nevertheless, they differ in a very important aspect: efficacy. In the Brazilian constitution, art. 5º § 1º asserts that every fundamental right is endowed with immediate efficacy<sup>29</sup>. That express command was jurisprudentially extended to each and every fundamental right – including the socioeconomic ones. The most important consequence of that assumption is that any violation of fundamental rights expressed in the

---

in 05/10/2012 and KHATIWADA, A. 2008. Constitutionalism of transition. **Kathmandu Law Review**, 1(1):1-17. Available in: <http://ssrn.com/abstract=1500826>. Access in: 04/07/2012. On the subject of transformative constitutionalism, CHRISTIANSEN, E.C. 2010. Transformative constitutionalism in South Africa: creative use of Constitutional Court authority do advance substantive justice. **The Journal of Gender, Race & Justice**, 13:575-614. Available in: <http://ssrn.com/abstract=1890885>. Access: 22/04/2012; KLARE, K.E. 1998. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, 14:146 e ss.; LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, 2006. Available at < <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, access in 04/01/2012

<sup>26</sup> A detachment of an ordinary foundationalist understanding of the constituent moment, as the previous narrative shows may also be pointed as a feature in the Brazilian and the Colombian experience that brings them closer to transitional constitutionalism.

<sup>27</sup> The most significant example in the Brazilian constitution was the social function of property rights. The right to property is granted in art. 5º, XX, and its subordination to the so called social function is the following commandment (art. 5º, XXI) – the meaning of that constraining clause is not in the constitution, but has been developed through further legislation (Civil Code, Urban Planning Code and other legal documents), and is still object of intensive controversy.

<sup>28</sup> That number should not be took as final; there are other fundamental rights mentioned along the Brazilian Constitution. There is also a specific clause (article 5º, § 2º) which states that the rights and guarantees expressed in the constitution do not exclude other ones deriving from the principles contained in the Fundamental Text, or from international treaties in which Brazil is a signing party.

<sup>29</sup> Gilmar Mendes, former Chief Justice of the Brazilian Supreme Court, and still a Justice in the bench, remarks the difficulty proposed to the Court in facing "...the increasing demand from society with a deep commitment to the realization of fundamental rights..." That task, according to Mendes, "... can be especially complex in cases concerning socio-economic rights, which are declared in the Brazilian 1988 constitutional text by directly applicable legal norms..." (Mendes, Gilmar. **The Judiciary and the right to Health**, speech delivered in the "Judiciary and the right to Health" Princeton University, (EUA). March 25th, 2010, available at <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122591&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>).

constitution may be submit to judicial appreciation, in a competency shared by all the levels of the judiciary power, and not reserved to the constitutional court.

The judicialization of socioeconomic rights is, therefore, a clear possibility in the Brazilian system; resulting from the constitutional commitment with human dignity, set as a fundamental objective of the Republic (article 1º, III of the Brazilian constitution). In a comparative perspective, the Brazilian provision aligns with a worldwide tendency in constitutional design present since the late 1990's, of formally recognizing socioeconomic rights. The analytic structure adopted by the Brazilian Constitution – there are 78 individual fundamental rights listed in article 5; and 34 in article 6, which contemplates socioeconomic rights<sup>30</sup> – is a testimony of the belief that social transformation may be achieved through constitutional commitments.

It should be note that the immediate efficacy clause in Brazil was initially red as establishing towards the State, a duty of instantaneous and complete action needed to grant the constitutional socioeconomic right. Progressive realisation – a known concept that was adopted by the South African Constitution in some of the socioeconomic rights provisions – was seen as an alternative incompatible with the Brazilian constitution. That kind of perception about the meaning of immediate efficacy spread around the Brazilian constitutional literature, and was clearly, at the time, a political discourse: fearing that the constitutional commitments with social transformation might became symbolic promises, the assertion of the authority of such clauses and its possible judicial scrutiny was a way to its enforcement.

Colombia's constitution, differently, has an express list of rights provided with immediate efficacy (art. 85)<sup>31</sup> – none of them, socioeconomic rights. On the other hand, socioeconomic rights are not associated to a clause of gradual implementation, as in South Africa's constitution. The public duties related to socioeconomic rights are extracted from general clauses like art. 2 of the Colombia constitution, which establishes that the effectiveness of principles and rights enounced in it is an essential purpose of the State. Another interesting feature in the Colombian system is an express clause (art. 13) that enounces priority in providing fundamental rights favouring the discriminated and the marginalized. That same clause refers to a special protection of those in a personal condition that expresses manifest weakness<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> That number should not be took as final; there are other fundamental rights mentioned along the Brazilian Constitution. There is also a specific clause (article 5º, § 2º) which states that the rights and guarantees expressed in the constitution do not exclude other ones deriving from the principles contained in the Fundamental Text, or from international treaties in which Brazil is a signing party.

<sup>31</sup> In the list contained in article 85 of the Colombian constitution, one may find a various range of rights such as the right to life, protection against torture and cruel treatment, personality, intimacy, self development, freedom of thought and religion, petition to public agencies, work, learning, due process, etc., etc..

<sup>32</sup> Once again, one can see the convergence between the Colombian system, and the South African experience. After all, even without an express provision referring to a especial protection those victims of discrimination or marginalization, the assertion that protection of the the vulnerable should be a feature of public policy

A preference sign favouring any part of the population is not an express clause in the Brazilian constitution. On the contrary, in the right to health for instance, the Brazilian constitution refers to a principle of universalization – and there is still controversy over what the meaning of that principle is. Even though it seems reasonable that public plans and policies should privilege the vulnerable segments of society, especially in a matter like health; one could easily find in the Brazilian jurisprudence, the concept that States duties when it comes to health comprehends even wealthy people. That assertion is grounded in the idea that constitutional protection to a health's right is a direct emanation of human dignity as the fundamental grind of the Brazilian Federative Republic – and that feature is the same, and should be equally protected among rich and poor.

That double indeterminacy in the Brazilian system – fundamental rights granted, without a precise content and with no priority, parameters when it comes to who should be the prior addressees of public policies present as a result, an increasing level of judicialization about those rights, as will be demonstrated in the following.

The understanding of both constitutional systems – the Brazilian and the Colombian ones – when it comes to fundamental rights and their protection will not be complete without a glance of the legal guarantees that may apply when those rights are not fulfilled by the executive or the legislative branch.

### 2.3. Legal guarantees of fundamental rights in Brazil and Colombia

Once more, the approximation between the Brazilian and the Colombian constitution and others qualified as transformational or aspirational seems correct. Both of them incorporate a comprehensive institutional system that should work in case of constitutional infidelity by the political branches – and the judiciary is presented as the mediator, or even, the main responsible in promoting effectiveness of socioeconomic rights, even thorough correcting public policy.

That kind of constitutional engineering is understandable through the historical perspective, in which extreme concentration of power in the Executive branch is point as a common reaction of the conservative forces in Latin America<sup>33</sup>. In such a scenery, preventing inertia and providing formal mechanisms aimed to overcome the non-observance of those constitutional priorities is a constitutional feature as needed as the entrenchment of the fundamental rights themselves.

---

that promotes progressive implementation of socioeconomic rights was present since the earlier decisions like *Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom vs. others*.

<sup>33</sup> GARGARELLA, Roberto. The constitution of inequality. Constitutionalism in the Americas. 1776-1860. I-Con, Volume 3, Number 1, 2005, p. 1-23, available at <http://www.ead.unb.br/aprender2013/pluginfile.php/904/course/section/1076/Int%20J%20Constitutional%20Law-2005-Gargarella-1-23.pdf>, access in 10/28/2014.

In Brazil, a violation of fundamental rights may be scrutinized by individual or collective lawsuits<sup>34</sup>, in which judicial review (analysis of the constitutionality of a law provision) will be exercised – or not. The judicial complaint may simply involve an unfair exclusion of the plaintiff from the realm of a public policy that is already in course; or it may be grounded in the assertion that a constitutional provision requires some kind of public policy that simply does not exist.

Judiciary examination of a rights violation is granted to everyone by a constitutional principle called “access to justice”. Therefore, any conflict related to any right may be submitted to the judiciary – and if the prospective plaintiff cannot pay for the legal fees, he can be exempt by simply declaring that he cannot pay for them without prejudicing his basic needs. Legal representation is provided by a state institution called “Defensoria Pública”, which is a board of lawyers, that become public servants by public competition, whose job is to represent the underprivileged in lawsuits of any kind, even against the State that provides their own salary.

The scenery in Brazil is not complete without mentioning another public institution called “Ministério Público”, which represents the “society’s interests”. They too are public servants, with tenure and other guarantees granted so as to allow them to keep track of governmental activity, and even promote lawsuits if they believe the collective interest is not being sufficiently served. Tenure and no salary regression are important guarantees that should prevent the institution from feeling impaired of retaliations such as salary cuts or being fired. Also, selection by public competition – and not election – complete a framework in which those institutions are not called primarily to do political choices when it comes to public interests protection.

Usually, a lawsuit in Brazil involving fundamental rights will be settled by the lower courts and not by the Constitutional Court. This curious arrangement is due to an understanding in the Brazilian judiciary system that the Constitutional Court should not deal with factual evidences; their task is to only interpret and protect constitutional rules, and this is something that should be done without any consideration of facts. That is, the protection of the Constitution in Brazil happens through an evaluation of hypothetical risks and threats, without dealing with case-specific issues.

This is a very challenging feature of the Brazilian judicial system, especially after the 1988’s constitution and its large list of fundamental rights. Surely, when it comes to the violation of fundamental rights, the facts are all that matters. If not the facts of the

<sup>34</sup> Collective lawsuit is a literal translation of the Brazilian legal expression – in the United States they would be called “class actions”. In the Brazilian system, a collective lawsuit requires a violation of a right that transcends one single person; that encompasses a determinate collectivity, or even as indeterminate one – in what we call trans-individual rights. Those kind of lawsuits, according to the Brazilian procedural system, should be filed from the beginning, through an association, union or any other kind of organization that represent collective interests. Brazilian procedural law also allows a collective lawsuit to be filed by federation members (central government, States governments and municipalities) and by public institutions in charge of protecting societies interests.

case, at least the ones related to the public policies made by the government in that area. A proportionality test could never be held in disregard of the facts – and then, a decision about the constitutional meaning of social right rides on a very thin line between a merely abstract assertion, and a glance at the factual circumstances of the case.

There is not in the Brazilian system, a *writ*, or a particular way through which a citizen could bring his violation of a fundamental right directly to the Constitutional Court. There's a general remedy, called "extraordinary appeal", that is oriented to the Supreme Court – but it could involve any kind of constitutional litigation; it is not reserved exclusively to the protection of fundamental rights.

So how do fundamental rights get to the Constitutional Court in Brazil? Through the already mentioned "extraordinary appeal", that won't be granted if the discussion presented to the Court is found "contaminated" by a factual discussion. Of course, this is a very broad concept, which causes the Brazilian law community to assert that the Constitutional Court examines whatever they feel like examining, dismissing cases that seem unimportant or highly controversial, by declaring that the central point of that specific lawsuit is the discussion is of facts and not of rules or principles<sup>35</sup>.

In that theoretical approach, the Brazilian Constitutional Court has already asserted that fundamental rights are justiciable and that the judiciary might in consequence, control and even formulate public policy, in order to assure that public programs will be answering to sensitive needs in such a field<sup>36</sup>. There are even decisions from the Constitutional Court in Brazil where specific rights are examined – and proclaimed as invested with immediate efficacy, therefore demanding prompt deliverance of goods and services<sup>37</sup>. The problem is that those decisions usually limit themselves to the assertion that the right is justiciable and that State has duties in promoting and protecting it. When it comes to establishing parameters to evaluate public policy or even the content of the right in discussion, the Constitutional Court is usually reluctant.

<sup>35</sup> As an illustration of what kind of litigation in fundamental rights the Court usually examines, health issues is on the "top ten" list. This is a clear example of that flexibility that the Court allows itself when it comes to grant – or not – a remedy due to excessive factual background.

<sup>36</sup> The first ruling in which the Constitutional Court proclaimed the possibility of judicial review fall upon public policies, striking them out or even formulating a substitutive model, or a new one that should fill the existing blank was dealing with a fundamental right do access to pre-school (BRAZIL. Federal Supreme Court. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290). The lawsuit was filed due to the circumstance that the city of Santo André, despite the constitutional provision that grants pre-school as an element of the right to education, was not providing the required public service.

<sup>37</sup> It is also widely known and fairly reported the decisions delivered by the Brazilian Constitutional Court related with the health right. The rulings go to order the deliverance of medication, to granting medical procedures, or even to hire medic and other health professionals. To a brief view of judicial litigation in the field, FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? **Health and Human Rights Journal**. Volume 16, Issue 2: Special Issue on Health Rights Litigation.

Colombia, on the other hand, has a whole chapter in the constitution regarding the protection and application of fundamental rights (Chapter 4), and a wide range of procedures related with the preservation of the Constitutional itself<sup>38</sup>. The crucial role was reserved to a particular provision (*acción de tutela*) designed to protecting constitutional fundamental rights violated or endangered by an action or omission of public authorities (art. 86). It is an exceptional remedy, and it should be rejected if any other judicial mean is available. It is the same constitution that allows the use of *acción de tutela* as a transitory mechanism oriented to preventing irremediable damage – and in that sense it has been largely applied, also due to a progressive interpretation held by the Colombian Constitutional Court.

It is interesting to underline that the judicial system in Colombia, offering the possibility of a direct motion to the Constitutional Court just like *acción de tutela*, provides in a certain way, a broader social control of the public policy that is in action. As long as any citizen, excluded or damaged by that same governmental plan, can submit that exclusion to the judicial control of the Constitutional Court; you don't have to rely so heavily in institutional controls like in Brazil.

*Acción de tutela* is not a remedy directed exclusively to the Constitutional Court; and this is a point that should be stress. It could be directly present by a citizen to any judge, even without legal representation. What happens is, as the Constitution deems this type of action as one that should be examined with priority, even if the litigation starts in a lower court. That feature leads to a tendency of the *tutelas* to reach higher decision levels in a relatively short time, enabling the Constitutional Court to give the necessary guidelines about the rights content.

Unlike in Brazil, in Colombia the appreciation of the facts does not seem to be a problem when it comes to judicial scrutiny in any level: the Constitutional Court's decisions dedicate a whole section exactly to the exam of the factual aspects of the controversy.

One more remark to be done about the Colombian Constitutional Court's and its vision of granting fundamental rights – and it is related with de courts orders. Aside from the ordinary type of ruling, in which the court provides individualized enforcement of a specific constitutional right, or deliver a negative injunction, striking down a normative command or a public policy in course of action; the Colombian Constitutional Court has also applied structural remedies<sup>39</sup>. That innovative kind of ruling intent to frame, in

<sup>38</sup> New procedures were introduced to safeguard different types of rights and interests protected by the Constitution. Those tools include: 1) a writ to order administrative authorities to fulfil their legal mandates in specific situations (*Acción de Cumplimiento*); 2) a writ to protect collective rights (*Acción Popular*); 3) a writ to secure rights of specific social groups (*Acción de Grupo*); and finally 4) the writ of protection of fundamental rights (*Acción de Tutela*). (ESLAVA, Luis, *Constitutionalization of Rights in Colombia: Establishing a Ground for Meaningful Comparisons* (December 16, 2009). *Revista Derecho del Estado*, Vol. 22, pp. 183-229, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1524547>).

<sup>39</sup> Describing the experience of the Colombian Constitutional Court with structural injunctions, LANDAU, David. *The Reality of Social Rights Enforcement* (March 2, 2011). *Harvard International Law Journal*, Vol.

a broader base, obligations that emanate from the constitutional provisions. A second very important characteristic of structural injunctions is that they are delivered, usually, in a combination of a ruling with some kind of supervisory jurisdiction, meaning, the Court monitoring – by itself, or with the help of official agents or even of society organizations – the implementation by government, of the initial commands expressed in the ruling.

In a preliminary comparative exercise, it should be noted that the Brazilian solution sank in opening up the alternatives of judicial scrutiny, by granting everyone access to Court, and by empowering public institutions that may support those nonconformism with the effectiveness grade of a socioeconomic right. The general idea seems to be that when the dispute about a social right arrives in Court, it will meet solution due to the juridical expertise of the constitutional judges. If the conflict is grounded in rights, law should provide the necessary criteria to solve the tension – facts details and administrative difficulties in offering the claimed right are not relevant to finding the proper legal answer. The problem is that especially in the grounds of social rights, there is much more than a judicial dispute. Social inclusion through a rights granting strategy is never set apart from an idea of distributive justice; it is never divorced from a choice about funding priorities. In short, debating the due content of a socioeconomic right is never merely a juridical debate.

The Colombian approach, on the other hand, embracing the factual analysis; providing priority to disputes submitted through *acción de tutela* and exploring the possibilities of structural injunctions seems to assume more clearly that enforcing socioeconomic rights is not a pure legal question; therefore it should go beyond the classical litigation model.

The clear insufficiency of the classical judicial tools to overcome social rights disputes become clearer when the good or service associated with the constitutional provision is scarce; a scarcity that does not depend merely on the willingness to spend money, but enclose other features that prevent an immediate solution to the lack in the offer. This is precisely the difficulty associated with the housing right – that is equally protected in the Colombian and in the Brazilian constitution.

### 3. HOUSING RIGHTS IN BRAZIL AND COLOMBIA: CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

The main reference in the Colombian constitution to a housing right is art. 51<sup>40</sup>; complemented by another disposition that refers to the State's duty to promote pro-

53, No. 1, 2012; FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 488. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1774914>.

<sup>40</sup> Article 51 – Every Colombian has a right to a proper home. The State shall establish the necessary conditions to make that right effective, and shall promote social policies oriented to provide housing; adequate systems in long term financing, and associative forms of executing those housing programs.

gressive access to land property in favour of rural workers (art. 64). The housing right – it should be reminded – is not among the rights provided with immediate efficacy, as stipulated in art. 85.

The Brazilian constitution, on the other hand, only mentions the housing right in art. 6<sup>o</sup><sup>41</sup>, in a large list of socioeconomic rights. It should be clarified that the original constitutional text in Brazil did not mention a housing right; the reference was included by a constitutional amendment in 2000. There is no specific allusion to the efficacy of such right, but it is usually read as one of the many encompassed by the generic clause contained in the Brazilian constitution, art. 5<sup>o</sup> § 1<sup>o</sup><sup>42</sup> which grants immediate efficacy to fundamental rights. That Brazilian constitutional clause, when interpreted together with the openness to new fundamental rights in art. 5<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup><sup>43</sup>, leads to a comprehension that immediate efficacy is a feature that should be recognized to every fundamental right express or implicitly extracted from the Brazilian constitution.

What should be kept in mind when housing issues are examined is the historical perspective in developing countries like Brazil or Colombia, because the root of these problems indicates meaningful variables that should be taken into account when thinking about judicial scrutiny.

In Colombia, population displacement<sup>44</sup> is a sensible issue, usually characterized as a side effect of the increasing power of armed groups, and their attempt to conquer power. Various paramilitary organizations operating in the country for many years, as a truly parallel power, created a reality in which armed conflicts were almost routine in some regions. A strategic interest of any of those groups in some localities might determine massive displacement from a villa or a small town. Displacement could take place also because a family or even an individual citizen opposed to the presence of the armed group which has gained power.

The result was a permanent displacement of population, a phenomenon that took place through a large period of time – sometimes through massive manifestations; sometimes silent and undetected, comprehending a family, or maybe a single individual, ordered to leave the community by members of one of the armed groups.

<sup>41</sup> Art. 6<sup>o</sup> – The social rights are education, health, food, work, housing, leisure, security, social security, mother and childhood protection, assistance to the unhelped, as ruled in this Constitution.

<sup>42</sup> Art. 5<sup>o</sup> § 1<sup>o</sup> – The provisions defining fundamental rights and guarantees have immediate efficacy.

<sup>43</sup> Art. 5<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup> – Rights and guarantees expressed in that Constitution do not exclude others related to the regimen and principles adopted by itself, or to international treaties in which the Brazilian Federative Republic is a party.

<sup>44</sup> The phenomenon is called in Colombia, “desplazamiento”. A perfect translation should take into account that the displacement in their country happened mainly due to political conflict between government and armed groups that for decades intended to conquer political power. Exile, for sure, is a word that would reveal that political background – but still, won't represent properly what happened, because the population was moving, but still in the country's frontiers. That is why displacement was the chosen word to be used in that essay.



Those features resulted also in kind of a concealment of the problem, hidden in the broad scenery of an unofficial war<sup>45</sup>.

This led to an important characteristic of the Colombian displacement: it stroke all kinds of people, and not a particular ethnicity, religion or social group, given that the main cause was simply being in the way of the war.<sup>46</sup> Another relevant feature – a consequence of the multipolar characteristic of the armed conflict – is that the displacement reached many regions in the country. The combination of those traces created a very heterogeneous group of displaced people – therefore, a collectivity that has no other identity other than having been struck (all of them) by the displacement. This will have implications in their own capacity to organize themselves as a social group, in order to demand from the State a proper response to that unfortunate reality.

That context enlarges housing problems in Colombia, after all, dealing not only with the goal of providing shelter, but also the challenge of inserting the displaced population into an unknown, even hostile environment must be dealt with. This insertion would mix people of different origins, culture, and history, which could result in further discomfort and conflict among them. Furthermore, losing their roots as a result of an unofficial war brought also the problem of belonging: the displaced do not perceive themselves as belonging to the community in which they are living.

In Brazil, housing problems are not so deeply related with displacement. Even though there is still an exodus to the richest metropolis in the South-East – especially when the dry season is more acute in the Northeast –; nowadays housing problems are related mainly to the absence of a comprehensive public policy oriented to providing that right, especially in the big centres. So, for decades, the government did not offer popular houses, or even financing plans – neither for popular housing, nor for the middle class ones<sup>47</sup>. On the other hand, even the private sector was not offering financing or any kind of programme related with housing – the country was experiencing hiper-inflation, and banks were more interested in the financial market than in housing projects.

This turned the middle class towards cheaper properties – ones that could be bought without special conditions in financing – and left the needy with no alternative at all. The consequence was the multiplication of slums in most of the main capitals in Brazil, frequently located not only in the suburbs, but also in the centre of those cities<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> GIRALDO, Gloria Naranjo. El desplazamiento forzado en Colombia. Reinención de la identidad e implicaciones en las culturas locales y nacional. **Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**, Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] Nº 94 (1), 1 de agosto de 2001.

<sup>46</sup> This is an entirely different reality when compared with recent history in South Africa, where displacement was a phenomenon that struck mainly the black population, due to laws in the apartheid regime.

<sup>47</sup> In the 70's, there was a public agency named Housing National Bank, that was in charge of financing houses – for the poor, middle class – but a series of scandals resulted in its closing.

<sup>48</sup> Another explanation could be offered to slums in the inner city: public transportation is also very precarious in big cities in Brazil, turning residency nearby work regardless of the conditions, very attractive.

That unorthodox solution sought by the less favoured, was consolidated through time, resulting in slums like “Rocinha”, in Rio de Janeiro, with a of around 100.000 people.

A final consideration should be made about the Brazilian housing rights context. Given the fact that the absence of public policies was the main cause of housing problems; a state of leniency was installed when it came to the occupation of public areas. So, for years the population built improvised shelter in public areas, occupying spaces that were originally intended for the expansion of the roads, or other infrastructure equipment like squares or leisure areas. The nomination of Brazil as headquarter for the World Cup in 2014 and the Olympics in 2016 provoked an expressive amount of public enterprises taking place in major capitals – which frequently involve finally giving public spaces occupied by the population, their originally intended public destination. Those public enterprises promote the debate around the eviction of those who have been living in those public areas, sometimes for decades, sometimes even paying taxes related with their precarious houses. In Rio de Janeiro, particularly, where both of the sports events will take place, the significant enterprises and transformations in transportation and infrastructure that the city must undergo to be prepared for the games, have turned populational exodus<sup>49</sup> a major issue.

#### **4. JUDICIAL EXAMINATION OF THE HOUSING RIGHT IN BRAZIL AND IN COLOMBIA**

Despite a common trace in history, comprehending the colonization process and violent domination in previous political regimes; and regardless of the clear inspiration that the Colombian Constituent Assembly found in the Brazilian experience with the 1988’s constitution; both countries have adopted different paths in dealing with socioeconomic rights – particularly, housing rights, as may be immediately perceived in the constitutional treatment of the subject adopted by each of the. Curiously, as the decisions came to be, the judicial interpretation in those rights in both courts has provided different approaches, and the results in the effectiveness standpoint, are unexpected.

##### **4.1. Assertion of the justiciability of the housing right in Brazil and Colombia**

The proclamation itself of the justiciability of the fundamental rights in Brazil was a direct consequence of the already mentioned constitutional clause that provides all of the fundamental rights with immediate efficacy<sup>50</sup>. Even though in the earlier years of the 1988’s Constitution validity some discussion was established due to the evident

<sup>49</sup> The expression should be understood as comprehending all kinds of evictions: those related with illegal occupation and expropriations made due to public interest or social need.

<sup>50</sup> To a transcription of the mentioned constitutional clauses, see footnotes 27 and 28.

cost reflects of the assertion that socioeconomic rights might be judicialized, soon the conclusion was that the objection must be overcome by the granting of at least, the *minimum core* or those same rights<sup>51</sup>.

The turning point in the Brazilian Constitutional Court related with fundamental rights and public policy, was the conclusions stated in RE 410715 AgR, Justice Celso de Mello, ruled in 11/22/2005. In that decision the Court asserted that, “even though the primary prerogative in formulating and executing public policies belong to the Legislative and Executive power, it turns possible to the Judiciary, even in exceptional basis, especially when it comes to public policies designed by Constitution itself, order their implementation by a defaulter state agency, which omission – that implicates in the non-fulfillment of their juridical and political mandatory duties – shows itself apt to compromise the efficacy and integrity of social and cultural rights provided with constitutional status.”

That first proclamation was repeated and extended to the housing right, recently, in ARE 639337, Justice Celso de Mello, ruled in 08/23/2011, in which the Constitutional Court asserted that the minimum core notion in fundamental rights is enough to “guarantee do citizenry, goods and services provided by the State, sufficient to achieve the full enjoinder of basic social rights as a right do education, child protection, right to health, social security, housing, food and public security”.

The conclusion is that housing rights in the Brazilian system are qualified as fundamental (despite their socioeconomic nature); and they are provided with immediate efficacy, meaning that the State have duties in guaranteeing those rights at the same immediate pace. The judiciary may scrutinize public policy in the subject, assuring priority to the protection of the minimum core of the housing right.

The constitutional framework was not that clear in Colombia. A right to proper housing was proclaimed in the Constitution, but as a social right, and excluded of the clause that invested some of the fundamental ones with immediate efficacy (art. 85 in the Colombian constitution).

The problem related with that constitutional design arrived at the Colombian Constitutional Court in the earlier days. After all, despite the fact that those rights were not included in art. 85 of the Colombian constitution; they surely were not supposed to be just a wishful thought. From the beginning, the Colombian Constitutional Court adopted a position in which in spite of reaffirming the difference on the efficacy level between the first generation of fundamental rights and the socioeconomic ones, it

<sup>51</sup> As a matter of fact, that theoretical solution still faces a lot of controversy, due to the difficulties associated with the concept of minimum core, systematized in YOUNG, Katharine, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*. **Yale Journal of International Law**, Vol. 33, No. 1, 2008. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1136547>>. The Brazilian approach in the subject is clearly oriented to a value-based core, and this left unsolved the challenging possibility of judicial decisions valuing differently dignity and freedom when the plaintiffs are from different social stratum.

could discern the possibility of granting the latter some degree of enforceability due to its intrinsic relation – considering the circumstances of the case – with a right provided with immediate efficacy<sup>52</sup>.

The housing right specifically, was appreciated for the first time in Sentencia No. T-251/95, in which the absence of immediate efficacy in such a right was reaffirmed. A novelty in the Court's ruling was labeling housing rights as submitted to a progressive development clause<sup>53</sup> – an expression that in its meaning, is very close to the “progressive realization” clause contained in South Africa's constitution<sup>54</sup>.

In the following decisions, the Court proclaimed equally the state's duty in providing access to housing programs<sup>55</sup> due to a public interest in facing the housing deficit and in protecting the dimension of human dignity that may be challenged by the unsheltered condition.

Finally, in the subject of the justiciability, the Colombian Constitutional Court also established that the abstract nature of the public interest clause – that is the foundation of State's duties related with housing rights – requires that its application should be oriented to conciliate public interest, individual rights and the social value expressed in cultural diversity<sup>56</sup>. That understanding intends to avoid that housing rights, usually

<sup>52</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia No. T-506/92, Justice Ciro Angarita Baron, Sala Primera de Revisión, ruled in 01/22/92. “Fundamental rights provided with immediate efficacy are those of liberty and formal equality, and also some rights designed to promote material equality, related with protecting life and human dignity. Their immediate efficacy comes from their general nature, and is valid in every case. Fundamental rights provided with indirect efficacy are those socioeconomic or cultural that have a narrow connection with fundamental rights provided with immediate efficacy. That kind of efficacy results from the necessity to establish a balance of the circumstances in each case, which in turn, is a consequence of the very nature of rights that presume an unequal treatment in order to achieve some level of material equality”.

<sup>53</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia No. T-251/95, Justice Vladimiro Naranjo Mesa, Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, ruled in 06/05/95. “Constitutional rights submitted to a progressive development clause, like housing rights, may only produce effects with the fulfillment of some juridical and material conditions that turn them possible – meaning that primarily, those rights are not susceptible of immediate protection by *acción de tutela*. Therefore, housing is an objective right from an attendance character, that should be developed by legislation and promoted by Public Administration in accordance with the law.”

<sup>54</sup> Art. 26. Housing.- (1) Everyone has the right to have access to adequate housing.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right.

<sup>55</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia No. T-383/99, Justice Alfredo Beltrán Sierra, ruled in 05/27/99. “According to constitution, acquiring and preserving housing to Colombian families cannot be taken as a subject not knowledgeable to State given that, differently from what happened in an overcome individualistic understanding, authorities have a constitutional specific task to fulfill in a favored way, public necessities in acquiring houses, facilitating payment in adequate conditions”.

<sup>56</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia No. C-053/01, Justice Cristina Pardo Schlesinger, Sala Plena de la Corte Constitucional, ruled in 01/24/01. “It's precisely the abstract and undetermined character of the public interest concept that leaded liberal modern constitutions to consider the necessity in harmonizing it with individual rights and with the social value inherent to cultural diversity. That's why in order to provide prevalence of public interest, an indispensable requirement is that the jurist analyze in great detail the particularities of each case, trying to harmonize public interest with individual rights and, if that harmonization become impossible, promote a balance taking into account the value hierarchy pointed by constitution”.

scrutinized by an individual lawsuit – *acción de tutela* – may succumb to a hiper-individualistic perspective.

In sum, housing rights in Colombia are fundamental – but only invested of immediate efficacy when in narrow connection with first generation fundamental right such as liberty or material equality; therefore they can be judicially scrutinized, but in a perspective that allows that concrete connection due to particularities of the case.

## 4.2. Scope of judicial analysis in housing rights lawsuits in Brazil and Colombia

A clarification should be done in the scope of the judicial rulings in Brazil and Colombia, showing a curious paradox.

As a direct consequence of its own judicial system, litigation in Brazil related with socioeconomic rights – and housing is no exception – may be held in individual lawsuits, or in class actions. Adding to that the immediate efficacy of fundamental rights, one has an ambience where the Brazilian Constitutional Court is entitled to rule in a broader approach, drawing major lines concerning the contents of a right and the parameters that should be used to evaluate a possible violation – especially when that fundamental right has constitutional *status*, as happened with housing. That perception would be reinforced by the Constitutional Courts assertion of the possibility to control public policy, which should bring to attention the whole public action program in the field. Still, this is not what happens in Brazil.

Despite the proclamation of the justiciability of social rights – including housing rights – the Brazilian Constitutional Court has not yet dedicated itself to establishing parameters regarding the definition of the abstract content of such a right; nor has it spent time listing main features that should be followed by a public policy designed to provide such a right. The most frequent technique utilized by the Constitutional Court in dealing with those rights would be simply the proclamation of the (in) compatibility of a legal provision that might have some implication with housing, with the constitutional commitment in protecting housing rights, defining a somewhat negative certainty zone<sup>57</sup>. The Brazilian Constitutional Court did not justify that strategy – there is no proclamation of a discretionary zone reserved to the public administration, or some kind of deference that should be given to administrative choices. As a result, the so-called control of public policies in housing rights is not instructional, but merely by reproach, in a non-dialogical relation between the Court and the Administration. There

<sup>57</sup> An example of that kind of strategy can be found in RE 407688, Justice Cezar Peluso, Tribunal Pleno, ruled in 02/08/2006, in which the Court asserted the constitutionality of a legal provision that allow a homestead property owned by someone who figures as a guarantor in a contract, to be reached by seizure. That same kind of decision can be delivered by the Superior Court of Justice, in examining exactly, constitutionality of national laws ruling any aspect of property, and how it could be challenged by any legal or judicial decision.

is not an effort in the sense of framing any normative concept of the content of the right itself, or even of the duties that may be established for the State to abide by in drawing correspondent public policies.

That path presents itself as especially doubtful when one takes into consideration the fact that the same Brazilian Constitutional Court asserted that each fundamental right has a *minimum core* that should be judicially protected. That proclamation leads to the inevitable recognition that in spite of the constitutional provision that fundamental rights are provided with immediate efficacy, there is a differentiation that should be done between the core content of such rights and the peripheral. That differentiation seems to be an operation to be held by the Constitutional Court, as the main guardian of the constitution; and in a broader basis, concurring to a greater effectiveness of the Fundamental Chart. In spite of all this, the Brazilian Constitutional Court has been opting for a path in which the content of the housing right, or the characteristics that should be applied to housing programs or public actions of eviction are not a primary concern and no answer is even hinted at to a public servant that intends to be guided by judicial interpretation in the fulfillment of his constitutional duties.

A predictable risk is that those decisions in housing rights do not really collude, neither to increase the protection level of such a right, nor to develop the democratic process inherent to the enunciation of a public policy in the field. Summing up, the Brazilian Constitutional Court, when dealing with housing rights has not perceived – or at least, has not given a proper answer – to the regressive potential of judicial decisions in socioeconomic rights in without considering the necessary dynamic interaction between legal and broader political processes<sup>58</sup>.

An important symptom of how present that risk is, in the Brazilian reality, is the solution provided by lower courts to housing rights litigation. Frequently, conflicts involving eviction are being solved by compensatory measures – financial reparation for the lost house (or the house that is to be lost, at times); sometimes granting the plaintiffs a temporary aid called “social rent”, that is presumed to be enough to provide for the needed shelter. That kind of decision, taken in an individual basis is found by judges to be granting the housing rights – but it is certainly not doing so. Financial reparation or “social rent” does not generate the needed shelter, and usually, the result is simply the displacement of the evicted from irregular occupancy to irregular occupancy – and most probably, the repetition of the same problem and adjudication in the near future.

Colombia, on the other hand, has been experiencing a different path. Building the justiciability of socioeconomic rights in an inherent connection with liberty and material equality brought more than a case-oriented approach. The general line of

<sup>58</sup> LIEBENBERG, Sandra. **Socioeconomic rights**: adjudication under a transformative constitution. Claremont: Juta & Co. Ltd, 2010, p. 41/42.

thought in developing the possible content of the housing right is built in an inter-connectivity pattern, that takes into account how those different fundamental rights should relate. As a result, the judicial scrutiny necessarily ends up taking into account, not only a specific fundamental right, but also a whole set that is inherently related with the most evident one claimed in the lawsuit.

Differently from the Brazilian approach – in which the immediate efficacy is asserted in abstract, to each and every fundamental right –; in Colombia a conclusion about the possibility of judicial enforcement of a housing right can only be established when all the concurring rights are understood on a systematic basis. This is an approximation that mitigates somehow the regressive potential of the judicial decision; at least because it takes in account the whole system of fundamental rights and human dignity protection.

Even though judicial decisions in Colombia in the housing subject usually take place in *acción de amparo* – a procedure that, as it was already mentioned is oriented to individual claimings<sup>59</sup>; the fact is that the definition of the connectivity of the concurring rights is a logic operation that is held in abstract, and then applied to the concrete situation. That logical operation is reflected even in the physic configuration of the Colombian Constitutional Court's decisions, usually divided in different sections which deal with the facts, the previous rulings and the juridical problem that should be faced. The Court's considerations are delivered in that same order, examining the juridical problem in abstract, and only then promoting the conciliation between the premises established in facing the juridical problem with the facts of the case.

That strategy in building the Colombian Constitutional Court's decisions results in the enunciation of abstract parameters that may orient the comprehension of the effects of a housing right, though qualified as a socioeconomic one, in public action. This was the context in which, for instance, the Colombian Constitutional Court affirmed that an eviction promoted by public administration in public areas should observe due process – meaning the citizen who would be struck by the eviction should be allowed argue against it. The Colombian Court also asserted that in situations where a state of legitimate trust was established between the citizens and the Administration related with the possibility of building in a determined area, an eviction process in that same place should be constrained, and the removal subordinated to the offer of an allocation alternative by State<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> It should be noted that sometimes, the Colombian Constitutional Court decides collectively a big amount of *acción de tutela*, in an accurate intellectual exercise of dealing with a problem in a macro vision, and then applying those macro parameters to individual situations – as an example, COLOMBIA, Constitutional Court, Sentencia SU-360 de 1999, Justice Alejandro Martínez Cabalero, Sala Plena, ruled in 05/19/1999, dealing with dozens of workers were claiming a right to oppose to eviction from public spaces.

<sup>60</sup> Recently, in Sentencia T-437 de 2012, the Colombian Constitutional Court granted *tutela* to an old man that has been living in a public space for almost 20 years, even paying taxes for the occupied area. The main reason

The combination of the housing right, and the previously mentioned constitutional provision of a special protection favoring the most vulnerable also allowed the Colombian Constitutional Court to grant protection in favor of women who are heads of the family<sup>61</sup> and children<sup>62</sup>.

The paramount decision in housing rights, in which that abstract reasoning, followed by its concrete application in the existent *acciones de tutela* is certainly Sentencia T-025 de 2004<sup>63</sup>, in which the Colombian Constitutional Court decided at a time, 105 *acciones de tutela*, all of which concerned the inadequacy or insufficiency of the public policy designed to deal with the internally displaced people. In that decision, the Court proclaimed what it called an “unconstitutional state of things”<sup>64</sup>, meaning, a general incompatibility between the public policy that was in course to provide shelter for those people, and the constitutional parameters related with the promoting of social inclusion, material equality and human dignity. In the ruling, the Court examined the postponing arguments that Public Administration usually presents – budgetary problems, constrictions related with bigger priorities, etc. – asserting a general obligation for the State in taking action, granting a minimum level of protection and preventing regression in that same cover.

One additional comment deserves to be made, due to its novelty. In the Colombian judicial system, the procedure to be observed in “*acción de tutela*” is regulated by Decreto 2591 de 1991, in which a provision can be found (art. 27)<sup>65</sup> that allows the

---

was that it could be seen a legitimate trust by the petitioner, that his occupancy has been somehow taken as regular by Administration, that was offering him public services and charging him taxes. (COLOMBIA. Constitutional Court, Sentencia T-437 de 2012, Justice Adriana María Guillém Arango, Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, ruled in 06/12/12.)

<sup>61</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia T-079 de 2008, Justice Rodrigo Escobar Gil, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, ruled in 01/31/08.

<sup>62</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia T-617 de 1995, Justice Alejandro Martínez Caballero, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, ruled in 21/13/95. This is a decision with many in common with *Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom vs. others*, where de pivotal reason to the granting of the *tutela* was a massive presence of children in a community struck by eviction. The decision of the Court determined also that the correspondent public agencies should take the necessary provisions in order to provide the basic conditions necessary to preserve the families’ unity and the children’s protection: “The existence of minors does not block a judicial or administrative order of eviction. Nevertheless, the State cannot disregard its duties related with child protection, preserving familiar unity, especially when the children live in inhuman conditions”.

<sup>63</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia 025 de 2004, Justice Manuel José Cepeda Espinosa, Sala Tercera de Revisión, ruled in 01/22/2004.

<sup>64</sup> This was not precisely the first time in which the Court applied that concept; as a matter of fact since 1997 there have been seven decisions of this kind, in a broad range of subjects, as noncompliance with the state’s obligation to affiliate numerous public officials to the social security system, massive prison overcrowding, lack of protection for human rights defenders and failure to announce an open call for public notary nominations (RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*. *Texas Law review*, Vol. 89 (7), 2011).

<sup>65</sup> Art. 27 – In every case, the judge will establish the effects of his decision to the concrete case, and will maintain competency until the right is entirely reinstated or the menace causes ceased.



Court to dedicate itself to a supervisory jurisdiction. That strategy is being fully used in monitoring the compliance with the Court's decision in such a difficult matter as that of the displaced people. The Court even ordered<sup>66</sup> and has already promoted a special public audience that, according to its own ruling should "evaluate the effectiveness of the different disciplinary, fiscal and judicial mechanisms that provide compliance with the orders delivered by the Constitutional Court as ruller of an *acción de tutela* intending to protect displaced people; also the obstacles and institutional practices that have turned difficult the application of the decision.

So here is the paradox: Regardless of the apparent stronger character of the housing right in the Brazilian constitution due to its immediate efficacy, the fact is that judicial protection by Constitutional Court is being held in a minimalist approach. This is a curious deviation from Mark Tushnet's thesis<sup>67</sup> that opposes two models: strong rights and weak courts, or weak rights and strong courts. In Brazil, housing rights may be seen as strong – but in reality, they are not, due to the lack of density in the correspondent constitutional clause. Judicial review in Brazil may be theoretically qualified as a strong-form, considering that courts have general authority to determine what the Constitution means, through constitutional interpretations equally authoritative and binding to the other branches<sup>68</sup>. Despite that apparent strong-rights and strong-courts combination, minimalist rulings do not reveal, and are not capable of generating the intended transformational effect.

In Colombia, on the contrary, the lack of immediate efficacy did not paralyze the Court. In a creative interpretation, inserting housing rights in the complex of fundamental rights that should be protected in order to preserve the core value of human dignity, the Colombian Constitutional Court carved a strategy that enhances the transformational potential of its own practice, exchanging parameters and evaluation with public administration, in order to improve public programs in the subject. Even the binding effect, that is not clearly stated in the Colombian Constitution, was affirmed by the Court through the expansion of the originally *inter partes* effects of *tutela*, granting *inter communis* effects to persons who have not actually filed the corresponding *tutela*, but share common circumstances with the plaintiffs, belong to the same community, and might be negatively affected by a decision that does not include them.

Even the public audience that took place in the displaced people matter is a demonstration of a dialogic practice of judicial review in socioeconomic rights; an approach that does not rely exclusively in the judicial capacity to interfere and transform

<sup>66</sup> COLOMBIA. Constitutional Court. Auto 219 de 2011, Justice Luis Ernesto Vargas Silva, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2009, ruled in 10/13/2011.

<sup>67</sup> TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. United States: Princeton University Press, 2008.

<sup>68</sup> TUSHNET, M. 2003. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, 101:2781-2802.

reality, but requires a broader range of public agents, critics and social organization, that should provide a pluralistic view<sup>69</sup>, enhancing the chances of a consistent and progressive public action in the subject. Activism here appears not to be a behavior pattern drawn in an adversarial contraposition between power branches; activism in the Colombian Constitutional Court is a strategy designed to increase institutional capacities and coordinate public efforts in order to fulfill the State's constitutional commitments.

## 5. JUDICIAL PROTECTION IN HOUSING RIGHTS AND DEMOCRACY: A SUBJECT TO BE FACED IN BRAZIL AND ALSO IN COLOMBIA

The Constitutional Courts' courses evidence that litigation in housing rights is probably a phenomenon in a progressive curve. The housing deficit in Brazil, in 2008 was estimated in 5,5 million (in governmental numbers)<sup>70</sup>; in Colombia, in 2005 the same deficit was established in 3,8 million<sup>71</sup>. Besides that, the judicialization of the public policies is also a tendency in those countries – as it seems to be in the whole world<sup>72</sup> – in a pattern that doesn't seem likely to change in the next years<sup>73</sup>. The classic causes for that phenomenon, such as the discredit of the Executive and Legislative branch, or in the other side of the spectrum, a strategy held by those same political branches oriented to depoliticize those subjects – therefore, lightening their political burden in any course of action; those are problems that would still be in the scenery. The challenge is how to protect housing rights, in the sense the constitution intended to do, without falling back into the trap that is the judicialization of socioeconomic rights.

<sup>69</sup> On the importance of a polycentric view when it comes to the enforcement of socioeconomic rights, dialoguing with the South African experience in judicial review, RAY, Brian, *Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights* (December 9, 2009). *Stanford Journal of International Law* Vol. 45, p. 1; Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 08-154. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1098939>.

<sup>70</sup> These data were found in a survey held by the Cities Ministry, cited by the federal legislative, available at <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/196187-DEFICIT-HABITACIONAL-NO-BRASIL-E-DE-5,5-MILHOES-DE-MORADIAS.html>>, access in 02/14/2013.

<sup>71</sup> These data are provided by Centro de Estudios de la Construcción y el Desarrollo urbano y regional, available at <http://www.cenac.org.co/index.shtml?apc=11----&x=20152718>, access in 02/14/2013.

<sup>72</sup> HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2008. 11: 93-118.

<sup>73</sup> In the Colombian experience in judicialization of politics, mapping challenges and benefits, YEPES, Rodrigo Uprimny. *Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks*. Sur, São Paulo, v. 3, Selected Edition 2007. Available from <[http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452007000100003&lng=en&nrm=iso](http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100003&lng=en&nrm=iso)>. access on 15 Feb. 2013. The Brazilian experience in the same path is described in VALLE, Vanice Lirio do. *Judicialization of Socio-Economic Rights in Brazil: The Subversion of an Egalitarian Discourse* (March 30, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2031719> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2031719>.

### 5.1. Scarcity and public choices

When it comes to housing, two variables are extremely important. One of them is the scarce nature of the intended good – and the argument here is not only based in the budgetary problems. One house is rarely like another. There are intangible aspects that give particular value to a house – and not to another. Location, community, personal history, working place proximity, availability of public transportation, familiar neighborhood – all those are aspects that influence the value that someone perceives in a particular house. So the scarcity is an inevitable problem when it comes to housing programs – because it is not physically possible to assure to every possible displaced or evicted person, that their new destination would be just like the place they are currently leaving.

The second variable – intrinsically related with the first one – is that if scarcity is an inevitable issue, choices should be made, and when it comes to public choices, every inclusion brings a correspondent exclusion. If a public park is to finally be created, providing better life quality in a community, it may require evictions if the public area is invaded. So here we face a first choice: maintaining people in the invaded area and depriving the neighborhood of the park, or building the park at the cost of those people's houses? We can always build the park somewhere else – would this be an acceptable solution? Will it increase the costs? Would it suffice to guarantee the benefits the building of the park seeks to provide?

The usual proposition – and in fact, the inclination of the Colombian Constitutional Court<sup>74</sup> – is that the State should provide some form of alternative sheltering to the displaced or evicted, and it seems to be a good solution. The problem is that the alternatives provided by State embrace modifications in the many elements that compound housing provision. A large community that is evicted because they are placed in some kind of risk area may not agree to be separated in many settlements. Or they might prefer to be settled somewhere else – even more distant, but where they could stay together.

In Rio de Janeiro, recently, the settlements provided by a public policy called “My house, my life”, a joint effort of the three federation levels, normally provides apartments located in small buildings – and that choice has proven to be a controversial one, because people in the slums or irregular occupations usually prefer houses. Why?

<sup>74</sup> The Brazilian Constitutional Court has not examined any case like this – so there is no precedent to allow any kind of speculation. The Brazilian judiciary as a whole – and the reference is especially to the lower courts – is deciding just like the Colombian Constitutional Court, trying to establish a balance between a compelling public interest that may determinate the eviction, and the protection of the housing right; usually this is done by demanding Public Administration to provide some kind of alternative of shelter to the evicted.

Because another floor can be built if the family grows, a son get married, a mother-in-law comes to live with the original family.

Scarcity and public choices is a duality that pervades housing conflicts; and this is a central idea that has not been incorporated to the Constitutional Courts decisions in the subject. The supposedly technical decision that orders public authorities to provide some alternative to the deprived cannot be executed without taking into account non-technical variables – such as the sense of belonging and individual autonomy and even the subject of the legitimacy of such a choice.

For sure, the already mentioned decision in Sentencia 025/04 and the following pronouncement in supervisory jurisdiction are exceptions in the Colombian scenery. But even in there, the normal standards of the Court's decisions do not take into account that inherent duality in scarce resources and public choices.

## 5.2. Legitimacy and emancipation

One of the indicated causes to judicialization of socioeconomic rights – and housing should not be an exception – is the low level of social organization, which presents the political path as a winding one, turning the judicial response more appealing. When the Court began its work, the Colombian population turned to the constitutional instance to demand answers to problems that, in principle, should be debated by means of citizen's participation in the political sphere and resolved by the State's action<sup>75</sup>. In Brazil, the number of "extraordinary appeals"<sup>76</sup> has risen from 10.780 in 1990, to 42.790 in 2012<sup>77</sup>. The activist trace of both Constitutional Courts is usually pointed – by themselves and by part of the law community – as a valuable one.

In Brazil, in 2008, in the inauguration of the President of the Supreme Court, one of its Justices – Celso de Mello – reaffirmed that judicial activism could be justified by many causes, as a positive jurisprudential construction that could allow the real practice of rights proclaimed by the Constitution itself, including the supremacy of the Fundamental Chart, many times disrespected and wounded by inadmissible omission of the public powers<sup>78</sup>. The combination of these perceptions lead Constitutional Courts in Brazil and Colombia toward a very tricky road, in which the real democratic transformation intended to be held by the constitution may be replaced by another authoritari-

<sup>75</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de and AVRITZER, Leonardo Avritzer. Opening Up the Canon of Democracy', in SOUSA SANTOS, Boaventura de (ed.). **Reinventing Social Emancipation: Toward New Manifestos**, Volume 1: Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon (2005).

<sup>76</sup> As already mentioned in that same paper, "extraordinary appeal" is the *writ* that may be presented to the Brazilian Supreme Court, allowing the examination of a conflict involving fundamental rights.

<sup>77</sup> Data extracted from the statistic's page of the Supreme Federal Court, available at <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>, access in 02/15/2013.

<sup>78</sup> Data extracted from the press page of the Supreme Federal Court, available at <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>, access in 02/15/2013.

an ruling, in which violence is not be the main tool, but the cultural stereotype that sees the impoverished as passive beneficiaries of social goods is constantly reinforced<sup>79</sup>.

If the enforcement of housing rights necessarily involves managing scarcity and public choices, this is a decision that trespasses the technical frontier, and requires a broader legitimacy, that could only come with a dialogical trace. After all, as pointed by Dixon<sup>80</sup>, in enforcing rights, courts have a much greater capacity, even a responsibility, to play an active role in countering “blind spots” and “burdens of inertia” in the political process than is envisaged in other theories. This is a task that might be largely facilitated with practices of monitoring the implementation of the decisions, like experienced by Colombia in Sentencia 025/04.

In Brazil, that responsibility in punctuating the correspondent roles in the democratic process of each and every branch of power seems to be ignored by the Court. Relying on the immediate efficacy of the housing right, the Constitutional Court acts and decides as if everyone knew perfectly well what the content of that right should be.

In the Colombian case, the cooperative constitutionalism and the dialogical exercise have already begun – at least in regard to the outlining of the attributes that should endow public policies or programs. Granting due process in evictions initiatives; recognizing the juridical relevancy of a state of trust related with an occupation; assigning the State an obligation to offer alternative solutions when promoting massive removal of people; fixing those premises the Colombian Constitutional Court initiates the dialogue, at least with public authorities.

A dimension that is still unexplored by both countries is the participatory ones – and that is the point where legitimacy meets emancipation.

As rightly highlighted by Liebenberg<sup>81</sup>, human rights adjudication permanently contemplates a paradox between the universal and the particular; the universal pretension deeply rooted in the human rights discourse, and the necessary compliance with the multiple particularities in the real life. Housing rights contemplates that same paradox, not only due to the particularities of individuals, situations or locations, but because they cannot be provided without the overcome of the problems of scarcity and public choices. Building any kind of solution in housing rights that ignores the dynamics of the stricken collectivity, inspired by an abstract idea of how shelter should be provided, may lead to a judicial order that is unfit to solve the real problem.

<sup>79</sup> LIEBENBERG, Sandra. **Socioeconomic rights**: adjudication under a transformative constitution. Claremont: Juta & Co. Ltd, 2010, p. 41.

<sup>80</sup> DIXON, R osalind, Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited (2007). **International Journal of Constitutional Law**, Oxford Journals, Vol. 5, No. 3, pp. 391-418, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1536716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536716>.

<sup>81</sup> LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’ (2012) 12 **African Human Rights Law Journal** 1 – 29.

A judicial solution, built on a top-to-bottom basis can be easier – but may find in its own addressee, the main resistance. It may be found lawful by the evicted or the unsheltered but unjust, and therefore, illegitimate. That is why enlarging the universe of carvers of the judicial solution may be important not only to reinforce the legitimacy, but also to strengthen people's right to, as an autonomous person, be involved in the solution of the problem that is afflicting their own life – not the judge's, nor the public official's. As remarked by Sachs<sup>82</sup>, in socioeconomic rights justiciability, the solution is not necessarily in the binomial libertarian *versus* communitarian – but it could also be found in a dignitarian vision, in which respecting human dignity must involve emancipation and autonomy. After all, if freedom is the possibility of choosing your own life project, the public choices that would impose effects on your life and house should be open to participation.

In South Africa, that participatory dimension in housing rights conflicts has been explored with the setting of “meaningful engagement” as a requirement to public initiatives that may menace housing rights. The leading case was *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others*, the Constitutional Court orders that “The City of Johannesburg and the applicants are required to engage with each other meaningfully and as soon as it is possible for them to do so, in an effort to resolve the differences and difficulties aired in this application in the light of the values of the Constitution, the constitutional and statutory duties of the municipality and the rights and duties of the citizens concerned”.

A second case rapidly presented itself to the South African Constitutional Court – *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others* – in which the engagement idea was still present, even though in a much more modest proportion. In spite of the still exploratory path in adopting meaningful engagement as a condition to court's appreciation in South Africa, this is an alternative to incorporate the participation of the plaintiffs not as a blessing, but as a way to conciliate in judicial review, rights and democracy. It is an experience not immune to criticism – losing a normative perspective in the solutions building being the main problem – but still, in times of judicial network, it is a possibility that might be adapted and explored in major conflicts in Brazil or Colombia.

The participatory dimension is something that concerns only those driven by a constructive comprehension of constitutionalism. In that standpoint, a judicial decision should not be evaluated solely by the material effects that it provides directly; a judicial decision might have indirect or symbolic effects that favors designing a public policy; allows forming coalitions to influence the issue; enhances the perception of the subject as a rights violations and transforms public opinion about the problem's urgency and

<sup>82</sup> SACHS, Albie. **The strange alchemy of life and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 173.

gravity<sup>83</sup>. This is a significative addition to the importance of the judicial decision – even though it does not assume a naïve presumption that Court by itself would transform the world.

## 6. CONCLUSION

The report of the Brazilian and the Colombian judicial appreciation of housing rights, even in the narrow limits of a working paper suggest important remarks. First, it is more than clear that the proclamation itself of the immediate efficacy of a right is not enough to guarantee an effective result in its protection. As demonstrated, that constitutional clause was not enough in Brazil – and not necessary in Colombia.

A second important conclusion is that abstract concepts are also not very useful in solving housing needs. Particular conditions – of the plaintiffs, of the location, of the relationship established by the occupier and the Public Administration – may be extremely relevant to the ruling. Even the proclamation by the Brazilian Constitutional Court that the minimum core of the housing right should be protected is not enough, neither to fulfill the protection, nor to orient public authorities in what the requirements that should be applied in a housing program are. This is an important observation, and should be taken into account by those who feel that minimum core is the key concept to give socioeconomic rights a higher degree of effectiveness<sup>84</sup>.

In sum, granting a complex right such as housing is a task that should be faced one step at a time, prioritizing the construction of a normative concept that might be tested in each concrete situation. That logical operation won't be completed in a single judgment, but should be revisited in each and every one of them. Knowledge is an asset that is built through aggregation – and that is no different when it comes do judicial adjudication.

## 7. REFERENCES

BRASIL. Supreme Federal Court. RE 407688, Justice Cezar Peluso, Tribunal Pleno, ruled in 02/08/2006.

BRASIL. Supreme Federal Court. ARE 639337, Justice Celso de Mello, ruled in 08/23/2011.

BRAZIL. Federal Supreme Court. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, ruled in 11/22/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, Vol. 89 (7), 2011.

<sup>84</sup> BILCHITZ, David Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance; 119 *South African Law Journal*, 484 (2002).

BILCHITZ, David Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance; 119 South African Law Journal, 484 (2002).

CHRISTIANSEN, E.C. 2010. Transformative constitutionalism in South Africa: creative use of Constitutional Court authority to advance substantive justice. **The Journal of Gender, Race & Justice**, 13:575-614. Available in: @@@ <http://ssrn.com/abstract=18908885>. Access: 22/04/2012.

COLOMBIA. Constitutional Court. Auto 219 de 2011, Justice Luis Ernesto Vargas Silva, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2009, ruled in 10/13/2011.

COLOMBIA. Superior Court of Justice. Sentencia 59, mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990). Sala Plena, Expediente No. 2149 (334-E). Available at [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj\\_nf/sp/1990/csj\\_sp\\_s59\\_2505\\_1990.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s59_2505_1990.html).

COLOMBIA. Superior Court of Justice. Sentencia 138, octubre nueve (9) de mil novecientos noventa (1990). Sala Plena, Expediente No. 2214 (351-E). Available at [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj\\_nf/sp/1990/csj\\_sp\\_s138\\_0910\\_1990.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/csj_nf/sp/1990/csj_sp_s138_0910_1990.html), access in 02/05/2013.

COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia T-617 de 1995, Justice Alejandro Martinez Caballero, Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, ruled in 21/13/95.

COLOMBIA, Constitutional Court, Sentencia SU-360 de 1999, Justice Alejandro Martinez Caballero, Sala Plena, ruled in 05/19/1999.

COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia 025 de 2004, Justice Manuel José Cepeda Espinosa, Sala Tercera de Revisión, ruled in 01/22/2004.

COLOMBIA. Constitutional Court. Sentencia 079 de 2008, Justice Rodrigo Escobar Gil, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, ruled in 01/31/08..

COLOMBIA. Constitutional Court, Sentencia T-437 de 2012, Justice Adriana María Guillém Arango, Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, ruled in 06/12/12.)

DIXON, R osalind, Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited (2007). **International Journal of Constitutional Law**, Oxford Journals, Vol. 5, No. 3, pp. 391-418, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1536716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536716>.

ESLAVA, Luis, Constitutionalization of Rights in Colombia: Establishing a Ground for Meaningful Comparisons (December 16, 2009). **Revista Derecho del Estado**, Vol. 22, pp. 183-229, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1524537>..

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities? **Health and Human Rights Journal**. Volume 16, Issue 2: Special Issue on Health Rights Litigation.

GARGARELLA, Roberto. The constitution of inequality. Constitutionalism in the Americas. 1776-1860. I-Con, Volume 3, Number 1, 2005, p. 1-23, available at <http://www.ead.unb.br/aprender2013/>



pluginfile.php/904/course/section/1076/Int%20J%20Constitutional%20Law-2005-Gargarella-1-23.pdf, access in 10/28/2014.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010**. US.: Oxford University Press, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 2004, p. 1.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts, **Annu. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118.

KHATIWADA, A. 2008. Constitutionalism of transition. **Kathmandu Law Review**, 1(1):1-17. Available in: <http://ssrn.com/abstract=1500826>. Access in: 04/07/2012.

KLARE, K.E. 1998. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, 14:146 e ss.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement (March 2, 2011). **Harvard International Law Journal**, Vol. 53, No. 1, 2012; FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 488. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1774914>.

LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. **Stellenbosch Law Review**, 2006. Available at < <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>, access in 04/01/2012.

LIEBENBERG, Sandra. **Socioeconomic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co. Ltd, 2010.

LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement' (2012) 12 **African Human Rights Law Journal** 1 – 29.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South**. The Activist Tribunals of India. South Africa and Colombia. US: Cambridge University Press, 2013.

MCKINSTRY, Lucy. The Use of Foreign Authority in Domestic Constitutional Interpretation. **Erudito - Duke University's Undergraduate Humanities Journal**, Volume 28: 2007-2008, [on line], available at <https://web.duke.edu/erudito/McKinstry.html>, access in 10/28/2014.

MENDES, Gilmar. **The Judiciary and the right to Health**, speech delivered in the "Judiciary and the right to Health" Princeton University, (EUA). March 25th, 2010, available at <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122591&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>.

POSNER, Richard. **No thanks, we already have our own laws**. Legal Affairs July/ August 2004. Available at [http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp), access in 01/31/2013.

RAY, Brian, Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights (December 9, 2009). **Stanford Journal of International Law** Vol. 45, p. 1; Cleveland-Marshall Legal Studies Paper No. 08-154. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1098939>.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socio-economic rights in Latin America. **Texas Law review**, Vol. 89 (7), 2011

SACHS, Albie. **The strange alchemy of life and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. **The politics and incentives of legal transplantation**. CID Working Paper nº 44, April 2000, Law and Development Paper nº 2, [on line], available at < [http://www.hks.harvard.edu/var/ezp\\_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centers-programs/centers/cid/publications/faculty/wp/044.pdf](http://www.hks.harvard.edu/var/ezp_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centers-programs/centers/cid/publications/faculty/wp/044.pdf) >, access in 02/15/2013.

SHIMER, David. Supreme Court justice underscores constitutional values. **Yale Daily News**. September 19, 2014. Available at <http://yaledailynews.com/blog/2014/09/19/supreme-court-justice-underscores-constitutional-values/>; access in 10/28/2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de and AVRITZER, Leonardo Avritzer. Opening Up the Canon of Democracy; in SOUSA SANTOS, Boaventura de (ed.). **Reinventing Social Emancipation: Toward New Manifestos**, Volume 1: Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon (2005).

SOUTH AFRICA. Constitutional Court. Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law (December 18, 2008). **Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06**. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1317766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766>

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court**. [on line], available at [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=housing%20rights%20colombia%20constitutional%20court&source=web&cd=9&ved=0CF8QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.dejusticia.org%2Fadmin%2Ffile.php%3Ftable%3Ddocumentos\\_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D67&ei=wRoeUZSfLoaY-9QTu8ID4Ag&usg=AFQjCNHlpwsZ6gyQRI-38EUzpX\\_HvGLXlg&bvm=bv.42553238,d.eWU](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=housing%20rights%20colombia%20constitutional%20court&source=web&cd=9&ved=0CF8QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.dejusticia.org%2Fadmin%2Ffile.php%3Ftable%3Ddocumentos_publicacion%26field%3Darchivo%26id%3D67&ei=wRoeUZSfLoaY-9QTu8ID4Ag&usg=AFQjCNHlpwsZ6gyQRI-38EUzpX_HvGLXlg&bvm=bv.42553238,d.eWU), access in 02/15/2013.

UPRIMNY, Rodrigo. **The recent transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and challenges**. Texas Law Review, Vol. 89, 2011, p. 1587/1609. Available at: <http://www.texasrev.com/wp-content/uploads/Uprimny-89-TLR-1587.pdf>, access in 01/31/2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialization of Socio-Economic Rights in Brazil: The Subversion of an Egalitarian Discourse (March 30, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2031719> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2031719>.

VALLE, Vanice Lirio do, Judicialization of Socioeconomic Rights in Brazil: Mercantilization of the Fundamental Rights as a Deviance in Rights Protection. Paper presented in the 3rd YCC Conference - American Society of Comparative law, (April, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2511648>.

YEH JIUNN-RONG e CHANG WEN-CHEN. The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective (march 31, 2009). **National Taiwan University Law review**, Vol.4, No 1, pp.158, 2009. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=1482863>>, access in 05/10/2012

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, nº 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 1135-1151.

ZUMBANSEN, Peer, Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order (2011). **Comparative Research in Law & Political Economy**. Research Paper No. 24/2011. Available at <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/62>, access in 03/12/2013.



## La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay

### *The jurisprudence of the inter-american court of human rights in the perspective of administrative law: special reference to the case Gelman vs. Uruguay*

**AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ\***

Universidad de la República (Uruguay)  
Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)  
[aduranmartinez@adinet.com.uy](mailto:aduranmartinez@adinet.com.uy)

**Recibido/Received:** 02.02.2014 / February 2<sup>nd</sup>, 2014  
**Aprovado/Approved:** 22.02.2014 / February 22<sup>nd</sup>, 2014

#### **Resumen**

Este estudio analiza el tema de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso en el procedimiento administrativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trabajo utiliza como objeto principal de reflexión el caso Gelman vs. Uruguay.

**Palabras-clave:** derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; tutela jurisdiccional efectiva; debido proceso en el procedimiento administrativo.

#### **Abstract**

*This study examines the issue of the rights to effective judicial protection and due process in the administrative procedure in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of human rights. The paper used as a main object of reflection the case Gelman vs. Uruguay.*

**Keywords:** human rights; Inter-American Court of human rights; effective judicial protection; due process in the administrative procedure.

Como citar este artículo | How to cite this article: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>

\* Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, Uruguay). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Catedrático de Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho del Instituto Universitario CLAEH. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE: Tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso en el procedimiento administrativo. **I.** Tutela jurisdiccional efectiva. **II.** Debido proceso en el procedimiento administrativo. SEGUNDA PARTE: Resolución nº 322/2011 y el caso gelman. **I.** Resolución nº 322/2011, de 30 de junio de 2011. **II.** Revocación de actos administrativos firmes y estables por razones de legitimidad. **III.** Legitimidad de los actos administrativos de ejecución de la ley de caducidad. **IV.** Proyección de la sentencia gelman vs. Uruguay en el ámbito del derecho administrativo. **V.** Consecuencias jurídicas de la resolución nº 322/2011. APRECIACIONES FINALES. REFERENCIAS.

## INTRODUCCIÓN

**1.** Si repasamos la historia del derecho advertimos que los derechos humanos comenzaron a conocerse primero en el derecho interno, incrementaron su desarrollo luego en el derecho internacional y desde allí, se proyectan con particular fuerza en el ámbito interno de los países.<sup>1</sup>

Ese desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su proyección sobre los derechos internos contribuyó sensiblemente a conformar un nuevo derecho administrativo basado en la centralidad de la persona humana.

Vemos así, por lo menos en los países de una cultura más avanzada, una especial preocupación por los derechos humanos y la recepción, por ese motivo, de una serie de estándares comunes en procura de asegurar la dignidad del hombre.

En buena medida, el faro luminoso que orienta, hoy en día, ese proceso de afianzamiento del Estado Constitucional de Derecho proviene del derecho internacional de los derechos humanos.

**2.** Ese progreso en la materia se ha visto en el ámbito de la doctrina, de la jurisprudencia y del derecho positivo. Pero no ha sido con la misma intensidad en todos los países ni, necesariamente, en el orden indicado.

**3.** En materia de derecho administrativo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son escasas y recientes.

Por esa razón, referiré en general a la proyección del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho administrativo, sin perjuicio de mencionar también algunas sentencias de la C.I.D.H.

No obstante, no debe pensarse que esa jurisprudencia no sea importante. Por el contrario, pienso que es muy importante pues permite avizorar un desarrollo de los derechos humanos en el ámbito del derecho administrativo, en términos generales, muy positivo.

---

<sup>1</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. La proyección del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho administrativo uruguayo. In: \_\_\_\_\_. **Estudios sobre derechos humanos**. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1999. p. 89 – et. seq.

4. En este estudio me referiré en primer lugar a cuestiones relacionadas con la tutela jurisdiccional efectiva y con el debido proceso en el procedimiento administrativo. Luego analizaré la Resolución del Poder Ejecutivo N° 322/2011, de 30 de junio de 2011, dictada con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Gelman vs. Uruguay.

## PRIMERA PARTE: TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### I. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

1. El artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, así como otros instrumentos internacionales contribuyeron en mucho a dotar de contenido al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, ya no se duda hoy en día que este derecho, como mínimo, comprende:

- a) el acceso a la justicia, es decir, a un tribunal jurisdiccional independiente;
- b) una amplia recepción de las medidas cautelares;
- c) la procedencia de todos los medios necesarios para la ejecución de la sentencia.<sup>2</sup>

Y todo esto resulta aplicable en el derecho administrativo, tanto en la jurisdicción anulatoria, como en el ámbito de la justicia ordinaria.

2. Por violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en lo relacionado con el acceso a la justicia, es que en Costa Rica, la doctrina<sup>3</sup> y la Suprema Corte de Justicia<sup>4</sup> consideró inconstitucional la ley que impone el previo agotamiento de la vía administrativa para plantear una acción jurisdiccional contra el Estado.

Lo mismo ha entendido recientemente, en Argentina, Cassagne<sup>5</sup> y por esa misma razón, además de otros argumentos, hemos cuestionado en nuestro país, hace ya

<sup>2</sup> MARTÍN REBOLLO, L. **Leyes Administrativas**. 16 ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2010. p. 147; GONZÁLEZ PÉREZ, J. El derecho a la tutela jurisdiccional. **Cuadernos Civitas**, Madrid, 1989. p. 256 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguayo. In: MACHADO ARIAS, J.P. (Org.). **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 388 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Ejecución de la sentencia anulatoria en el Contencioso Administrativo Uruguayo. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Público**. Vol. II. Montevideo: [s. n.], 2008. p. 371 – et. seq.

<sup>3</sup> JINESTA LOBO, E. Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la necesidad de su carácter facultativo In: DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011. p. 159 – et. seq.

<sup>4</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, n. 03669-2006, de 15 de marzo de 2006. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 3, La Ley, Uruguay, 2011, p. 655 – et. seq.

<sup>5</sup> CASSAGNE, J.C. El agotamiento de la vía administrativa: su subsistencia. In: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Procedimiento Administrativo. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Escuela de Posgrado en Derecho de la Universidad de Belgrano. **Anais**. Buenos Aires, República Argentina, 27-29 abr. 2011.

bastante tiempo, la errónea tesis de que es preciso el previo agotamiento de la vía administrativa para presentar una acción reparatoria<sup>6</sup>.

3. El Tribunal Constitucional español, desarrollando el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución ibérica y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consideró inconstitucional la prohibición legal de suspender actos y disposiciones administrativas (sentencia 115/1987, de 7 de julio) y sostuvo que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (sentencia 238/1992, de 17 de setiembre)<sup>7</sup>. Luego la ley N° 29/1998, de 13 de julio de 1998 (art. 129.1) recogió esa acertada línea jurisprudencial.

Argentina ha sido un ejemplo en cuanto al empleo de las medidas cautelares en los litigios contra el Estado<sup>8</sup>.

Por mi parte, por las mismas razones y por lo dispuesto en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, he entendido aplicables en los litigios contra el Estado, incluso en la acción anulatoria, las medidas cautelares previstas en las normas procesales generales<sup>9</sup>.

4. En materia de ejecución de sentencias, la evolución también ha sido notable, tanto en cuanto a la posibilidad de la aplicación de astreintes y en cuanto a la posibilidad de embargar bienes estatales<sup>10</sup>. Sobre este último punto tiene particular importancia la sentencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en el caso Hornsby contra Grecia, que consideró que la improcedencia de los embargos contra el Estado dispuestos por ciertas leyes era contrario al principio de igualdad recogido en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre<sup>11</sup> y la sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de julio de 1998, en cuanto considera contrario al artículo

<sup>6</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo**. Montevideo: F.C.U., 2007. p. 410 – et. seq., 421 – et. seq.; DELPIAZZO ANTÓN, G., Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración. Montevideo: Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, 2009. p. 39 – et. seq., p. 76 DURÁN MARTÍNEZ, A. Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011. p. 684 – et. seq.

<sup>7</sup> MARTÍN REBOLLO, L., **Leyes** ..., p. 148.

<sup>8</sup> GARCÍA PULLÉS, F.R. **Tratado de lo Contencioso Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Hamurabi, 2004. p. 797 – et. seq.; CASSAGNE, J.C.; PERRINO, P.E. El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 322 – et. seq.; ABERASTURY, P. **La justicia administrativa**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 329 – et. seq.

<sup>9</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., Medidas cautelares ..., loc. cit., p. 388 – et. seq., en especial, pp. 403 – et. seq.

<sup>10</sup> MARTÍN REBOLLO, L., **Leyes** ..., pp. 147 – et. seq.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. **Ley de jurisdicción contencioso-administrativa**: Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1992. p. 467; DURÁN MARTÍNEZ, A. Ejecución de la sentencia anulatoria: Una mirada al derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Público**..., p. 279 – et. seq.

<sup>11</sup> COSTA, J.P. L'exécution des décisions juridictionnelles. **La Revue Administrative**. Numéro spécial. Évolutions et révolutions des contentieux administratifs. Paris: PUF, 1999. p. 69-75.

24.1 de la Constitución el privilegio de la inembargabilidad de los bienes del Estado no afectados directamente al uso o servicio público<sup>12</sup>.

5. Ese avance que se ha producido en el derecho administrativo en los puntos indicados en las sociedades más avanzadas, gracias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en nuestro país casi no se ha notado.

En efecto, en materia de acceso a la justicia, si bien la Suprema Corte de Justicia ha rechazado el previo agotamiento de la vía administrativa como un requisito de admisibilidad de la acción reparatoria, hay todavía una importante corriente jurisprudencial de los tribunales inferiores, que la admiten. De manera que, en los casos en que no procede el recurso de casación, se puede producir una denegación del derecho al acceso a la justicia. Además, la última sentencia de la Suprema Corte de Justicia que se pronunció sobre el punto, lo fue por tres votos contra dos<sup>13</sup>, lo que, con un próximo cambio de integración, si asume un Ministro poco conocedor del Derecho Público y de las más avanzadas corrientes jurídicas que se imponen en el mundo occidental, se corre el riesgo de una peligrosísima involución.

En materia de medidas cautelares, en el marco de la acción anulatoria, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo solo ha admitido la suspensión de los efectos del acto administrativo y en contadas ocasiones, en jurisprudencia erróneamente muy restrictiva<sup>14</sup>.

En materia de ejecución de sentencia en el ámbito del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no se han admitido las vías comunes previstas en el derecho procesal. Y en el ámbito del Poder Judicial, si bien se afirma la tendencia a admitir la imposición de asreintes contra el Estado, la ejecución forzada tropieza con una vetusta legislación que en forma genérica dispone la inembargabilidad de bienes estatales<sup>15</sup>, sin que todavía se hayan producido las declaraciones de inconstitucionalidad que corresponden, en la línea de las corrientes jurisprudenciales más avanzadas que nos muestra el derecho comparado.

## II. DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. En materia de procedimiento administrativo es muy clara la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Pacto de San José de Costa Rica estuvo presente permanentemente sobre la mesa de trabajo cuando se redactó el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de

<sup>12</sup> MARTÍN REBOLLO, L, **Leyes** ..., p. 148.

<sup>13</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 4.671, de 24 de diciembre de 2010, en **Tribuna del Abogado**. Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay. Montevideo, abril/mayo 2011, N° 172, pp. 38 y ss.

<sup>14</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., **Medidas cautelares** ..., loc. cit., pp. 388 – et. seq.

<sup>15</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., Ejecución de la sentencia anulatoria en el Contencioso Administrativo Uruguayo. In: ———, **Estudios de Derecho Público** ..., p. 359 – et. seq.



1991<sup>16</sup>. Son inequívocas las referencias al respecto que efectúa, por ejemplo, el artículo 5<sup>17</sup> y el artículo 170.<sup>18</sup> Muy consciente fue así el Poder Ejecutivo de la época de que es preciso interpretar y aplicar el derecho en clave de derechos humanos.

2. De particular importancia me parece mencionar esa influencia en materia del debido proceso.

El principio del debido proceso en el procedimiento administrativo deriva del derecho de defensa, por lo que es inherente a la persona humana; de ahí su raíz natural.

Con razón CASSAGNE lo ve como una proyección de las garantías recogidas en el artículo 8.1. del Pacto de San José de Costa Rica<sup>19</sup>. Y no es por casualidad que el artículo 5 de nuestro decreto N° 500/991, al referirse al principio del debido proceso, mencione –entre otras fuentes– las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República en una clara alusión a la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo hará más adelante en forma explícita en el artículo 170.

El decreto N° 500/991 nace en momentos en que comienza a afianzarse una verdadera cultura de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 9/87, de 6 de octubre de 1987, sostuvo “que no obstante la literalidad del artículo 8.1, éste, junto con el resto de los numerales del artículo 8 de la Convención, deviene aplicable a procedimientos de cualquier naturaleza y no solamente a los instruidos bajo la figura de un recurso ante una autoridad judicial”<sup>20</sup>. En forma clara, la Corte aquí considera aplicable al procedimiento administrativo las garantías judiciales previstas en todo el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Esta postura se reiterará en la sentencia de 31 de enero de 2001 recaída en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., La proyección del derecho internacional..., loc. cit., p. 95 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en el Uruguay. **Revista de derecho público**, n. 40, Montevideo, F.C.U., 2011.

<sup>17</sup> “Art. 5º Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República.”

<sup>18</sup> “Art. 170. El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con las garantías del debido proceso. (Convención Americana de Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, arts. 8 numeral 2 y 11).”

<sup>19</sup> CASSAGNE, J.C. *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 100.

<sup>20</sup> MACHADO ARIAS, J. P. El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: \_\_\_\_\_. **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. p. 132.

<sup>21</sup> MACHADO ARIAS, J.P. **Procedimiento y justicia**... p. 132 – et. seq.

En este caso, la C.I.D.H. reiteró lo dicho en la opinión consultiva citada, pero es de dudosa utilidad en la especie, pues versó sobre un procedimiento que ha sido considerado más de naturaleza jurisdiccional, que administrativa.<sup>22</sup>

El caso *BAENA, Ricardo y otros vs. Panamá*, resuelto por sentencia de 2 de febrero de 2001, es el que se considera fundamental, pues aquí la Corte repite esa posición en un procedimiento inequívocamente administrativo, lo que será confirmado con ulteriores sentencias.<sup>23</sup> En efecto, esa línea jurisprudencial seguirá, entre otros en los siguientes casos: a) *Ivcher Bronstein vs. Perú*, de 6 de febrero de 2001; b) *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; c) *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006; d) *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 de setiembre de 2006.<sup>24</sup>

Esta postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene gran trascendencia pues, sin necesidad de aceptar el valor de fuente formal de derecho de su jurisprudencia, ha llevado en el plano interno a efectuar lo que se ha llamado un control de convencionalidad.<sup>25</sup>

La C.I.D.H. en sentencia recaída en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, expresó: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”<sup>26</sup>

Lo expuesto por la C.I.D.H. en la sentencia precedentemente mencionada es perfectamente compartible, no solo porque el Pacto de San José es derecho positivo vigente en el Uruguay, ya que fue ratificado por la ley N° 15.737, de 8 de marzo de 1985, sino también porque los derechos humanos en él reconocidos se aplican directamente por ser precisamente derechos humanos. Ese control de convencionalidad es absolutamente procedente en el Uruguay, no porque lo diga la C.I.D.H., puesto que, como

<sup>22</sup> MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 132 – et. seq.

<sup>23</sup> MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 134 – et. seq.

<sup>24</sup> MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 135 – et. seq.

<sup>25</sup> MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 159.

<sup>26</sup> MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*..., p. 159.

enseguida veremos, su jurisprudencia no es fuente formal de Derecho, sino porque los derechos humanos en general y el Pacto de San José de Costa Rica en particular, sí lo son.

El Pacto de San José ha cumplido una importantísima labor docente. No solo fue principal fuente inspiradora del decreto N° 500/991 sino que, desde esa perspectiva, corresponde interpretar y aplicar nuestra normativa en materia de procedimiento administrativo como corresponde en una concepción del derecho que exige una interpretación *conforme a los derechos humanos o desde la dignidad de la persona humana*.<sup>27</sup>

Cabe reconocer, así, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuido significativamente a dotar de un contenido preciso al principio del debido proceso.<sup>28</sup>

**3.** De ese contenido deseo destacar la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración, recogida en el artículo 223 del decreto N° 500/991 citado, en su redacción original.

Este artículo efectúa una especificación de un principio general en el procedimiento disciplinario. En efecto, deriva del derecho a un procedimiento de duración razonable, que integra el contenido del principio del debido proceso, por lo que es aplicable a todo procedimiento administrativo represivo, sea interno o externo.<sup>29</sup> La regla del procedimiento de duración razonable la C.I.D.H. la extrae no solo del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también del artículo 25.<sup>30</sup>

Por eso, merece el máximo rechazo la redacción dada a ese artículo por el decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007 y lo sustentado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia N° 500/2011, de 14 de junio de 2011, en cuanto consideró inaplicable la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración en aquellos procedimientos externos, donde no está prevista expresamente.<sup>31</sup> El error del Poder Eje-

<sup>27</sup> BARBÉ PÉREZ, H. Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo. In: UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA. **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958. p. 116.

<sup>28</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2010. p. 316 – et. seq.

<sup>29</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio del debido proceso..., loc. cit., p. 323 – et. seq.

<sup>30</sup> MACHADO ARIAS, J.P. El procedimiento y proceso..., loc. cit., p. 148.

<sup>31</sup> El CONSIDERANDO X) de dicha sentencia establece: “Tampoco corresponde recibir por la Sala el agravio expuesto en torno a la ‘caducidad de la pretensión punitiva de la Administración’, que fuera sustentada -por analogía- en la norma contemplada por el art. 223 del Decreto N° 500/991. Esta disposición (hoy modificada por el art. 1° del Decreto N° 420/007) que establecía un plazo máximo de dos años para la instrucción de un sumario administrativo, indudablemente regía para el procedimiento disciplinario, es decir, el procedimiento administrativo que la Administración dispone a fin de determinar si ha habido en su ámbito interno hechos irregulares y si sus funcionarios administrativos han incurrido en faltas administrativas sancionables en relación a esos hechos.

Obviamente, no se trata del caso manejado en el ocurrente, dado que como bien se acota por la accionada, aquí se trata de un procedimiento externo, que corresponde a hechos que tuvieron lugar fuera del ámbito de

cutivo fue pensar que se puede derogar por decreto un principio general de derecho de máximo valor formal. El error del Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue no advertir que estamos ante un principio; y los principios no requieren texto expreso para su aplicación. Hace ya muchos años BARBÉ PÉREZ dejó muy en claro, que los principios generales de derecho son fuente directa y principal en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>32</sup>

## SEGUNDA PARTE: RESOLUCIÓN N° 322/2011 Y EL CASO GELMAN

### I. RESOLUCIÓN N° 322/2011, DE 30 DE JUNIO DE 2011

1. La Resolución N° 322/2011, de 30 de junio de 2011, del Poder Ejecutivo, dictada en Consejo de Ministros, por su numeral 1° dispuso:

“Revocáse (sic) por razones de legitimidad todos los actos administrativos y Mensajes emanados del Poder Ejecutivo, en aplicación del artículo 3° de la Ley N° 15.848 de 22 de diciembre de 1986, que consideraron que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1° de la referida Ley y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal.”<sup>33</sup>

---

la Administración y del que surge una sanción a dos personas que no integran la misma. Este procedimiento administrativo se rige por las normas del procedimiento administrativo común, que no contiene ninguna limitación temporal como la establecida para el proceso disciplinario; claro está, más allá de que el Decreto N° 500/991 rija esencialmente para los órganos de la Administración Central.

Asimismo, debe tenerse presente que el art. 1° del Reglamento Disciplinario del Banco Central (art. 168 del Decreto N° 500/991) dispone, que al procedimiento disciplinario se le aplican en subsidio las normas que regulan el procedimiento administrativo común. En cambio, no parece admisible trasladar al ámbito de este último las normas que la regla de derecho reserva exclusivamente para aquél, contemplando su singularidad.”

<sup>32</sup> BARBÉ PÉREZ, H. Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo. In: UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA. **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958. p. 48 – et. seq.

<sup>33</sup> Los artículos relevantes, a efectos de nuestro estudio, de la ley N° 15.848, son los siguientes:

“Artículo 1°. Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

**Art. 2°.** Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende:

- a) Las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento;
- b) Los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un proyecto económico.

**Art. 3°.** A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1° de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

2. El referido acto administrativo es creador de una norma general y concreta por lo que, conforme al inciso cuarto del artículo 120 del Decreto Nº 500/991, de 27 de setiembre de 1991, configura una Disposición General.

3. Al ser esta Disposición General dictada por el Poder Ejecutivo, según el artículo 121 del citado Decreto Nº 500/991 recibe el nombre de Decreto.

No obstante, en un claro apartamiento de lo dispuesto por los incisos quinto y sexto del artículo 124 del mismo Decreto Nº 500/991, se le dio forma de Resolución y no de Decreto.

Por esta razón, para identificar el acto en estudio lo haré conforme a como lo hizo el Poder Ejecutivo, aunque sea incorrecto.

## II. REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FIRMES Y ESTABLESPOR RAZONES DE LEGITIMIDAD

1. Como se ha visto, la Resolución Nº 322/2011 revoca actos administrativos y Mensajes. Como los Mensajes no se revocan, centraré mi atención en los actos.

2. El Poder Ejecutivo pretende justificar lo resuelto con la afirmación efectuada en el CONSIDERANDO VIII. En efecto, allí afirma que “la Administración está obligada a revocar aquellos actos administrativos contrarios a Derecho, de oficio o a petición de parte, lo que constituye jurisprudencia constante del Tribunal de lo Contencioso Administrativo siguiendo a Sayagués Laso.”

3. He estudiado el tema en reiteradas oportunidades. Desde hace veinticinco años he sostenido lo contrario: la Administración no puede revocar actos administrativos firmes, es decir, inimpugnables, creadores de derechos o, en términos más generales, creadores de una situación favorable, ni siquiera por razones de legitimidad.<sup>34</sup>

---

Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo.

**Art. 4º.** Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones.

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos. El Poder Ejecutivo dentro del plazo de veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada.”

<sup>34</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Revocación del acto administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Administrativo: Parte General.** Montevideo: [s. n.], 1999. p. 206 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., Impugnación de reglamento. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Administrativo. Parte General...**, p. 253 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Cosa juzgada administrativa. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Administrativo. Parte General...**, p. 348 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo.** Montevideo: F.C.U., 2007. p. 187 – et. seq., 244 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo.** Montevideo: F.C.U., 2007. p. 235 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Casos...**, p. 206 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo

4. Para sustentar la afirmación precedente me he basado en algunas sentencias que son verdaderas cumbres jurídicas del mundo occidental cristiano. He tenido en cuenta, así, en un primer momento, el *arrêt Dame Cachet* del Consejo de Estado francés, de 3 de noviembre de 1922,<sup>35</sup> y el caso Carman de Cantón, de la Corte Suprema de la Nación argentina, de 1936;<sup>36</sup> y luego, además, el *caso de la viuda de Berlín* del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, de 1956.<sup>37</sup>

5. Los tres fallos citados se basan fundamentalmente en la seguridad jurídica. Pero mientras que la sentencia francesa y la argentina atienden básicamente un determinado componente del concepto de seguridad jurídica, la estabilidad de los derechos adquiridos, la sentencia alemana apunta a otro aspecto de la seguridad, la confianza, derivada de la certidumbre.

La primera es una visión de tipo “patrimonialista”; la segunda se preocupa del comportamiento futuro.

Hoy en día, se afirma la existencia del derecho a la *certidumbre jurídica*. VILLAR PALASI lo define como “la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada.”<sup>38</sup> Este derecho implica no solo el derecho a conocer qué es lo que dicen las reglas de derecho sino también a conocer cómo se interpretan y cómo se aplican.

La vida en sociedad requiere un comportamiento previsible del Estado, y esto se logra con una aplicación uniforme del derecho.<sup>39</sup>

En torno a estos conceptos, a partir del fallo de la viuda de Berlín se construyó el principio de la confianza legítima,<sup>40</sup> uno de los límites a la revocación de oficio del acto administrativo.

LARENZ al referirse al principio de la confianza expresó:

---

alemana y en la normativa nacional uruguaya. **Revista de la Faculdade de Derecho, n. 30, Universidad de la República, Uruguay, 2011.**; DURÁN MARTÍNEZ, A. Contenido adjetivo y sustantivo de las leyes de procedimiento administrativo. \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Administrativo.** Uruguay: La Ley, 2013.

<sup>35</sup> HAURIQU, M. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929.** Tomo II. Paris: Sirey, 1929. p. 100 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Del fallo Dame CACHET al Decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983. In: \_\_\_\_\_. **Estudios...**, pp. 167 – et. seq.

<sup>36</sup> LINARES, J.F. **Fundamentos de Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Astrea, 1975. p. 349-350; DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación ..., loc. cit., p. 210 – et. seq.

<sup>37</sup> COVIELLO, P.J.J. La protección de la confianza del administrado. Buenos Aires: Lexis Nexis. Abeledo-Perrot., 2004. p. 37 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., Limitaciones a la revocación ...; DURÁN MARTÍNEZ, A. Contenido adjetivo y sustantivo....

<sup>38</sup> VILLAR PALASI, J.L.; VILLAR EZCURRA, J.L. El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., (Org.). **La protección jurídica del ciudadano:** Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez. Tomo I. Madrid: Civitas, 1993, p. 101.

<sup>39</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Seguridad para las inversiones en el Uruguay. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Público...**, p. 80 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. El precedente administrativo. **Revista de Derecho**, n. 5, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010. p. 68.

<sup>40</sup> COVIELLO, P.J.J. **La protección...**, p. 462.

“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico individual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras.”<sup>41</sup>

En un intento de precisar la protección de la confianza legítima, Coviello escribió:

“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; ...”<sup>42</sup>

La vida en sociedad exige que el Estado sea confiable. El Estado tiene el deber de ser confiable y, como correlato, las personas tenemos el derecho a poder confiar en la palabra del Estado.

La faceta que llamo “patrimonialista” de la jurisprudencia Dame Cachet y de la Carman de Cantón y la faceta de la “confianza” de la jurisprudencia de la viuda de Berlín no se contradicen; más bien se complementan, y ambas integran el contenido de la seguridad jurídica.

6. La más selecta doctrina argentina ha observado la notable evolución que ha sufrido nuestro tema. De una época en que se afirmaba el principio de la revocabilidad de los actos administrativos se ha pasado al principio opuesto, es decir, el de la irrevocabilidad de los actos administrativos.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> LARENZ, K. **Derecho justo**: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993. p. 91.

<sup>42</sup> COVIELLO, Pedro J.J. **La protección** ..., p. 462.

<sup>43</sup> LINARES, J.F., **Fundamentos...**, p. 3650 – et. seq.; CASSAGNE, J.C. **Derecho Administrativo**. 8 ed. Tomo II. Lexis Nexis. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 362 – et. seq.; GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

La afirmación del principio de la revocabilidad del acto administrativo y su lógica consecuencia, la revocación de oficio por razones de legitimidad de actos aun creadores de derechos, responde a la época del modelo autoritario de Estado de Derecho emanado de la Revolución francesa. Responde al auge del positivismo jurídico, al auge del Estado Legislativo y a la época en que se definía el Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración.

Pero a medida que el positivismo va cediendo posiciones, que se pone el acento en los principios, que los derechos humanos pasan al primer plano, que el Estado Legislativo deja paso al Estado Constitucional, que el Derecho Administrativo es concebido ya no como el derecho de la Administración sino como el Derecho de los intereses colectivos<sup>44</sup> o el Derecho del poder para la libertad –según feliz expresión de González Navarro–,<sup>45</sup> es lógico que se afirme el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos y se niegue la legitimidad de la revocación de oficio de los actos administrativos firmes creadores de derecho.

Lo interesante de las tres sentencias citadas radica en que no se fundaron en textos legislativos sino en principios. El derecho positivo vino después a ratificar la línea jurisprudencial indicada. En Francia, la jurisprudencia *Dame Cachet* fue recogida en el decreto N° 83-1025, de 28 de noviembre de 1983; en Argentina, la jurisprudencia *Carman de Cantón* fue recogida en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, decreto-ley N° 19.549/72, de 3 de abril de 1972 (modificado por el decreto-ley N° 21.686/77); en Alemania, la jurisprudencia de la *Viuda de Berlín* fue recogida en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976.

Y eso porque, como acertadamente observa Gordillo, al fundarse en la seguridad jurídica la irrevocabilidad, en esos casos, tiene base constitucional.<sup>46</sup> En realidad, como la seguridad jurídica es inherente a la persona humana considero que es supraconstitucional, sin perjuicio de su recepción en los artículos 7 y 72 de nuestra Constitución.

Por eso es que he afirmado en nuestro derecho la irrevocabilidad de los actos administrativos firmes y estables: por que se trata de una cuestión de principio, un principio que –por derivar de la seguridad jurídica– es inherente a la persona humana. Es más, la solución del artículo 166 del decreto N° 500/1991, de 27 de setiembre de 1991, en cuanto mantiene los actos firmes y estables de ejecución de un acto de efectos generales, derogado o anulado como consecuencia de un recurso por razones de legitimidad, presupone esta posición.

<sup>44</sup> MEILÁN GIL, J.L., Exposición In: INSTITUTO ROMEU FELIPE BACELLAR. **V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Brasil, Foz do Iguaçu, 2009, a la cual accedí por la generosidad de su autor.

<sup>45</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general desde la perspectiva de los derechos humanos. In: \_\_\_\_\_. *Estudios de Derecho Administrativo*. Uruguay: La Ley, 2011. p. 77.

<sup>46</sup> GORDILLO, A. *Tratado...*, p. VI-2 – et. seq.



7. La referencia a la opinión de Sayagués Laso que efectúa el CONSIDERANDO VIII de la Resolución en estudio no es del todo correcta.

En efecto, la opinión de Sayagués Laso no es tan tajante como se la presenta. Por un lado efectúa muchas precisiones y, por otro, advierte que, al introducirse en la Constitución de 1952 la acción de nulidad con el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad, se podría aceptar la jurisprudencia francesa en la materia,<sup>47</sup> que es precisamente la originada por el fallo Dame Cachet.

Además, no se puede olvidar que Sayagués Laso escribió su obra en 1953, es decir, en un medio cultural donde predominaba el positivismo jurídico y el Estado Legislativo, aunque estaban dadas las condiciones para que operase plenamente el Estado Constitucional; continuaba la visión autoritaria del Estado de Derecho y del Derecho Administrativo como Derecho de la Administración y casi no se hablaba de derechos humanos. No podemos, así, trasladar la opinión de Sayagués Laso emitida en ese contexto, cuando el contexto cultural que vive el país es radicalmente diferente.

Es cierto que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo continúa admitiendo la revocación de oficio por razones de legitimidad aun de actos creadores de derechos. En ese aspecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo continúa prisionero del pasado. Pero está cambiando, conforme a las nuevas ideas. Por ejemplo, ya ha rechazado la obsoleta tesis de la presunción de legitimidad del acto administrativo que sostuvo durante más de medio siglo<sup>48</sup> y ha comenzado a otorgar relevancia a la conducta anterior invocando las teorías de los actos propios o de la confianza legítima,<sup>49</sup> por lo que me parece que esas son señales que anuncian un cambio en el tema de la revocación de oficio de los actos administrativos hacia la dirección correcta.

No puedo dejar de mencionar, por otra parte, que existen varios pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la República en el sentido de mi opinión<sup>50</sup> y también sentencias del Poder Judicial. Entre estas destaco la notable sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno N° 13, de 12 de agosto de 2005,<sup>51</sup> que guarda un gran parecido con la del caso Carman de Cantón. También la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, en base a los “principios de certeza

<sup>47</sup> SAYAGUÉS LASO, E. **Tratado de Derecho Administrativo**. 9 ed. Tomo I. Actual. Daniel Hugo Martins. Montevideo: F.C.U., 2010. p. 511 – et. seq., 523 – et. seq.

<sup>48</sup> Sentencia N° 427 de 17 de junio de 2010, CONSIDERANDO XI.

<sup>49</sup> Ibidem CONSIDERANDO VII, literal D.

<sup>50</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso** ..., p. 189, nota 376.

<sup>51</sup> **La Justicia Uruguaya**, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso** ..., p. 189 – et. seq.

y seguridad jurídica”, rechazó la legitimidad de la revocación de actos administrativos firmes y estables.<sup>52</sup>

8. En suma, la afirmación del CONSIDERANDO VIII responde a una visión del Estado y del Derecho anticuada, totalmente superada, absolutamente incompatible con la concepción del derecho basado en la centralidad de la persona humana que rige en el mundo civilizado y, en particular, incompatible con el régimen jurídico vigente en Uruguay.

### III. LEGITIMIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EJECUCIÓN DE LA LEY DE CADUCIDAD

1. Lo expuesto basta para denunciar la ilegitimidad de la Resolución N° 322/2011 del Poder Ejecutivo. Pero conviene detenernos un instante a fin de ver si los actos cuya revocación se dispone son efectivamente ilegítimos. Si no son ilegítimos, ni siquiera se puede invocar su ilegitimidad para su revocación.

2. De la lectura de la Resolución del Poder Ejecutivo citada se advierte claramente que no se cita ningún acto administrativo en particular. No se invoca ningún vicio padecido en cada uno de esos actos, sino que la ilegitimidad que se les imputa se basa en la ilegitimidad de la ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986, de la cual son actos de ejecución.

3. Siendo así las cosas, no procede analizar cada uno de esos actos que, repito, no se identifican y, por otra parte, no conozco. Procede así centrar la atención en la ley N° 15.848 citada.

Y, en ese análisis, cabe tener en cuenta que cuando se dictaron esos actos cuya revocación ahora se dispone, la ley en cuestión estaba vigente, como lo está ahora, y no había sido declarada inconstitucional. Es más, el planteamiento de inconstitucionalidad efectuado en esa época fue rechazado por la Suprema Corte de Justicia.

De modo que el Poder Ejecutivo pudo y debió aplicar la ley. Otra actitud hubiera sido ilegítima.

De más está decir que la declaración de inconstitucionalidad que advino recientemente, no habilita al dictado de la resolución ahora en análisis puesto que, conforme al artículo 259 de la Constitución, el fallo de la Suprema Corte de Justicia refiere exclusivamente al caso concreto y solo tiene efectos en el procedimiento en que se haya pronunciado.

Cabe concluir pues, desde ese punto de vista, que esos actos de ejecución de la ley son legítimos.

<sup>52</sup> Dictamen de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo N° 70/2010, de 26 de febrero de 2010, recaída en los autos GENTA Bolívar C/ESTADO-Ministerio de Industria, Energía y Minería y Administración Nacional de Telecomunicaciones. Acción de Nulidad. Expediente N° 227/08.

#### IV. PROYECCIÓN DE LA SENTENCIA GELMAN VS. URUGUAY EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. No obstante lo expresado, cabe señalar que la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2011, recaída en el Caso GELMAN vs. Uruguay, agrega un nuevo elemento a nuestro tema que es preciso analizar. En efecto, de la parte expositiva de la Resolución del Poder Ejecutivo en estudio se desprende claramente que dicho acto pretende ser un acto de ejecución de la citada sentencia.

Eso nos obliga a tener en cuenta esa sentencia y analizar su incidencia en la especie.

2. Como punto de partida en ese análisis procede una afirmación de principio: las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben cumplirse. Así se han pronunciado, como no podía ser de otra manera, los primeros comentarios jurídicos del fallo publicados en Uruguay.<sup>53</sup>

Si esto no fuese así no tendría sentido el sistema jurisdiccional creado, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sería sino virtual y no existiría, en realidad, ninguna garantía jurídica de los derechos humanos.

En principio, pues, los fallos deben cumplirse, y cumplirse de buena fe.

3. Ahora bien, la afirmación precedente es una afirmación muy fácil de pronunciar pero no tan fácil de ejecutar. En efecto, a menudo las sentencias de la Corte Interamericana no son de aplicación sencilla y los Estados perdidosos encuentran considerables dificultades para su cumplimiento.

4. Lo primero que hay que tener en cuenta en la aplicación de una sentencia es que ella configura un texto jurídico que debe ser interpretado para su aplicación.

Y esa interpretación debe efectuarse de acuerdo al precepto de *interpretación conforme*;<sup>54</sup> *interpretación conforme a la Constitución* o, mejor dicho, *interpretación conforme al bloque de constitucionalidad*.

No hay unanimidad en cuanto al contenido *del bloque de constitucionalidad*<sup>55</sup> ni siquiera en cuanto a su terminología; otros hablan de *bloque de los derechos humanos*.<sup>56</sup>

Entiendo por *bloque de constitucionalidad* el conjunto de reglas de Derecho incluidas en la Constitución y los derechos humanos reconocidos o no por la Carta,

<sup>53</sup> OCHS OLAZABAL, D. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay. **Estudios Jurídicos**, n. 9, Montevideo, 2011, p. 881; OCHS OLAZABAL, D. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay. **Estudios Jurídicos**, n. 9, Montevideo, 2011. p. 146.

<sup>54</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al Neoconstitucionalismo. **Estudios Jurídicos**, n. 7, Universidad Católica del Uruguay - Facultad de Derecho, Montevideo, 2009. p. 76-77.

<sup>55</sup> ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M. Prólogo. In: RISSO FERRAND, M. Algunas garantías básicas de los derechos humanos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/IBÁÑEZ, 2011. p. 18.

<sup>56</sup> RISSO FERRAND, M., **Algunas garantías...**, p. 72.

contenidos o no en las Convenciones internacionales. Por esa razón, prefiero la expresión *bloque de constitucionalidad* a la de *bloque de los derechos humanos* –aun reconociendo las falencias de esa terminología– porque comprende también las reglas de la Constitución aunque no sean referidas a derechos humanos.

En el caso, para la interpretación y aplicación de la sentencia se habrá de partir naturalmente de los derechos humanos, de las Convenciones Internacionales vigentes y de la Constitución, a fin de determinar los órganos internos competentes para la ejecución y la forma de la misma.

Como los términos jurídicos son a menudo polisémicos, es decir, susceptibles de más de un sentido, el principio de *interpretación conforme* hace que, de dos interpretaciones posibles, una ajustada al *bloque de constitucionalidad* y otra no, habrá de optarse por aquella que más se adecue al *bloque de constitucionalidad*.

5. Vivimos lo que HÄBERLE ha llamado “la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.”<sup>57</sup> “En los procesos de interpretación constitucional están incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución!”<sup>58</sup>

El juez constitucional podrá ser el intérprete más importante, pero no el único.<sup>59</sup>

Lo dicho con relación a la Constitución comprende naturalmente al *bloque de constitucionalidad* y la referencia al juez constitucional incluye al juez de derechos humanos.

Pero ese juez, privilegiado sí, no es *señor del derecho* como en un tiempo pretendió ser el legislador. Es guardián del derecho pero no señor del derecho. Está sometido al derecho que custodia como su servidor, de él extrae su fuerza,<sup>60</sup> que no es mayor que la que se le ha conferido. Esto hay que tenerlo bien presente; ya lo advirtió muy bien MONTESQUIEU al comienzo mismo de fundamentar su célebre teoría de separación de poderes. “No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada.”<sup>61</sup>

“Hoy, ciertamente, –decía ZAGREBELSKY– los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la

<sup>57</sup> HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 149 – et. seq.

<sup>58</sup> HÄBERLE, P. *El Estado*... p. 150.

<sup>59</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al..., loc. cit., p. 79.

<sup>60</sup> SOTO KLOSS, E. Responsabilidad por actividad jurisdiccional. In: \_\_\_\_\_. [et. al.]. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Montevideo: Universidad de la República-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1984. p. 129 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al..., loc. cit., p. 100.

<sup>61</sup> MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. 6 ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1984. p. 186.

necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado constitucional y cualquier ‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.”<sup>62</sup>

La actual concepción del derecho ha convertido al juez de derechos humanos en el hombre más poderoso del mundo. Pero no deja de ser hombre, por lo que carece de poderes ilimitados.

No puede así, el juez de derechos humanos, en la custodia de los derechos humanos, desconocer derechos humanos.

Esto es una pauta orientadora que se debe tener en cuenta en la interpretación y aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. OCHS, en su reciente estudio, ha señalado que con relación a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la propia Corte “ha puntualizado la existencia de dos categorías de sujeción. Son absolutamente obligatorias para el Estado parte del proceso concluso por dicho acto jurídico. Y, además, la doctrina inspiradora del fallo resulta vinculante para los demás Estados, aunque no obligatoria.”<sup>63</sup>

La afirmación precedente requiere un análisis con cierto detenimiento.

La Corte Interamericana es un órgano creado. Recibe su competencia del acto creador o de otros del mismo valor y fuerza que el acto creador. No puede, sin norma habilitante, ampliar de oficio su competencia.

La Corte es creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país por la ley Nº 15.737, de 8 de marzo de 1985, y recibe su competencia de la propia Convención.

Lo primero que cabe advertir es que carece de competencia penal.<sup>64</sup>

Conforme al artículo 68.1 del Pacto, los efectos de la sentencia comprometen únicamente al Estado parte del caso. Y de la comunicación del fallo a los demás Estados Partes de la Convención, prevista en el artículo 69, no se deduce que las sentencias tengan fuerza obligatoria, también, respecto de los Estados que no fueron parte en el proceso. De manera que una sentencia que condena a un Estado no afecta a otro Estado. Por esa razón, no se puede decir que la doctrina inspiradora del fallo resulta vinculante para los demás Estados. La Convención no ha concebido un sistema de jurisprudencia, fuente formal de derecho, como el británico, ni un régimen de *stare decisis* como en los Estados Unidos. Si la Convención o sus Protocolos no han asignado a la jurisprudencia fuerza vinculante, no lo puede hacer la Corte.

<sup>62</sup> ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2005. p. 153.

<sup>63</sup> OCHS OLAZÁBAL, D. El fallo de la Corte..., loc. cit., p. 881.

<sup>64</sup> URIOSTE BRAGA, F., En torno a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso ‘GELMAN C. URUGUAY’. In: DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011.

También del Pacto de San José de Costa Rica se desprende que los efectos de las sentencias se circunscriben al caso concreto.

El hecho de que la doctrina inspiradora del fallo no tenga fuerza vinculante más allá del ámbito subjetivo del fallo no quiere decir que no sea importante. Por el contrario, estimo que la jurisprudencia de la Corte es muy importante porque ha contribuido a crear una cultura de derechos humanos. Ha tenido una notable labor docente que nos ha permitido ver derechos humanos allí donde no los veíamos, por la imperfección del conocimiento humano. Y, en esos casos, aparece un efecto vinculante, pero no porque lo diga la Corte sino porque estamos en presencia de derechos humanos; derechos humanos que no conocíamos, pero que conocimos gracias a la labor de la Corte. Dicho de otro modo, la fuerza jurídica viene del derecho humano que la Corte ayudó a descubrir. Pero la Corte no puede crear derechos humanos donde no los hay. La Corte no puede actuar arbitrariamente.

Desde ese punto de vista, cabe reconocer que el derecho a averiguar la verdad es un derecho humano: deriva de la naturaleza de ser racional del hombre, como hace muchos años lo he advertido.<sup>65</sup>

No cabe duda tampoco de que la reparación patrimonial por los daños causados es también un derecho humano.

Pero no existe un derecho humano a la represión penal; la represión penal corresponde al Estado y se ejerce a través de una acción pública. Por esa razón es que la Constitución, en casos extraordinarios y como una vía para lograr la paz social, prevé la posibilidad de otorgar indultos o amnistías (artículo 85, numeral 14).

El indulto, así como la amnistía, configura un perdón.

Al llegar a este punto es preciso una reflexión, aunque sea breve, acerca de la naturaleza humana.

El hombre es un animal racional, por ser racional es social y por ser social es político. Esto se desprende plenamente del pensamiento de ARISTÓTELES y Santo TOMÁS DE AQUINO.<sup>66</sup>

La sociabilidad, connatural al hombre, proviene de su racionalidad. La condición de ser racional impulsa al hombre a vivir en sociedad. Pero no basta la razón para sostener la vida social; la sociabilidad se sustenta con el amor. Por eso podemos decir también, si se me permite la expresión, que el hombre es *un animal amoroso*.

Este aspecto es precisamente destacado por BENEDICTO XVI en su primera Carta Encíclica, "Deus caritas est" y en su tercera, "Caritas in veritate".

<sup>65</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Administrativo...**, p. 68.

<sup>66</sup> ARISTÓTELES. **La política**. Buenos Aires: Editorial Tor Srl., 1965. p. 7 – et. seq.; TOMÁS DE AQUINO. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes. In: TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de la ley, Tratado de la justicia**: Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes. México: Editorial Porrúa S.A., 1975. p. 257 – et. seq.; SUÁREZ, F. **Selección de Defensio Fidei y otras obras**. Buenos Aires: Depalma, 1966. p. 31 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Público...**, p. 266.

El término en latín "*caritas*" a veces es traducido en español como *amor* y otras veces como *caridad*. Así, el título de la primera Encíclica se ha traducido al español como "Dios es amor" y el de la tercera, como "La caridad en la verdad".

Caridad y amor no son términos sinónimos, pero se encuentran relacionados puesto que la caridad es una forma de amor.

El Papa recordaba el vasto campo semántico de la palabra amor. Así, decía, "se habla de amor a la patria, de amor por la profesión o el trabajo, de amor entre amigos, entre padres e hijos, entre hermanos y familiares, del amor al prójimo y del amor a Dios. Sin embargo, en toda esta multiplicidad de significados destaca, como arquetipo por excelencia, el amor entre el hombre y la mujer."<sup>67</sup>

Los antiguos griegos tenían tres términos para el amor: *eros*, *philia* y *agapé*, según si su proyección era en un sentido ascendente, horizontal o descendente.<sup>68</sup>

El *agapé* es un amor que se proyecta en sentido descendente, es un amor que se da gratuitamente sin pedir nada a cambio y, además, es un amor que perdona.<sup>69</sup>

*Amor*, *caritas*, *agapé* no son incompatibles con la justicia, que lleva dar al otro lo que es suyo. Parte de ella, pero la supera. "La caridad supera la justicia y la completa siguiendo la lógica de la entrega y el perdón. La 'ciudad del hombre' no se promueve sólo con relaciones de derechos y deberes sino, antes y más aún con relaciones de gratuidad, de misericordia y comunión."<sup>70 71</sup>

<sup>67</sup> BENEDICTO XVI. Carta Encíclica *Caritas in veritate*: La caridad en la verdad. San José: Librería Editrice Vaticana, 2009. p. 5.

<sup>68</sup> BENEDICTO XVI. **Carta Encíclica Deus Caritas in...**, p. 6 – et. seq..

<sup>69</sup> BENEDICTO XVI. **Carta Encíclica Deus Caritas in...**, p. 16.

<sup>70</sup> BENEDICTO XVI. **Carta Encíclica Deus Caritas est**. Librería San José: Editrice Vaticana, 2006. p. 7.

<sup>71</sup> CASSAGNE, al estudiar la Encíclica "*Caritas in veritate*" precisamente el pasaje a que refiere a la relación entre *justicia* y *caritas* expresó: "De la Encíclica se desprende la insuficiencia de la justicia conmutativa e incluso de la distributiva y aún de la social, para resolver, por sí mismas, la problemática social que plantea la globalización. Este punto de vista, no conduce, sin embargo, a desconocer la trascendencia que tiene la observancia y práctica de la justicia en cualquier comunidad para la paz social y el desarrollo integral de las personas, ni tampoco sostener la subordinación de una especie de justicia a otra.

Lo que sí implica es el reconocimiento de la íntima relación que existe entre justicia y caridad y la necesidad de encontrar nuevas formas de organización y sistemas para reforzar y ampliar los lazos de solidaridad social basados en el principio de gratuidad y poder así contribuir a la construcción de los pilares de la ciudad de Dios que propugnaba SAN AGUSTÍN.

Se afirma que la "*justicia es inseparable de la caridad*" y "*es intrínseca a ella*". Con razón, puede considerarse a la justicia como "*la primera vía de la caridad*", o como dijo Paulo VI, "*su medida mínima*".

Hay que tener presente también que, la justicia es una relación de igualdad. Por eso, ella se infringe cuando se degrada el principio de legalidad, que comprende tanto la ley (concebido como ordenamiento material) como el derecho, según la fórmula acuñada en las modernas constituciones europeas (vgr. la Constitución de España), que adoptan como principio constitucional que la Administración está sometida a la ley y al derecho.

La degradación del principio de legalidad afecta profundamente a la justicia al provocar discriminaciones arbitrarias o irrazonables fundadas en el mero capricho de los jueces, legisladores o funcionarios. Esta degradación es mucho más grave en algunas materias como la penal, en la que entran en juego derechos humanos fundamentales que hacen a la dignidad de la persona humana. Resultan particularmente objetables, en nuestro país, las tendencias jurisprudenciales que degradan principios y garantías constitucionales básicas

“El amor –caritas– siempre será necesario, incluso en la sociedad más justa. No hay orden estatal, por justo que sea, que haga superfluo el servicio del amor. Quien intenta desentenderse del amor se dispone a desentenderse del hombre en cuanto hombre.”<sup>72</sup>

La sociedad requiere del amor en todos los sentidos indicados –no sus desviaciones, por cierto, contra las que nos advierte acertadamente el Sumo Pontífice<sup>73</sup>– incluido el *agapé*.

Al ser el amor connatural al hombre, incluido el amor que perdona, nadie puede privar a nadie del derecho de perdonar.

Los uruguayos perdonamos. Lo hicimos primero por medio de nuestros representantes a través del dictado de una ley y luego, en dos oportunidades directamente cuando nos manifestamos como Cuerpo Electoral.

La mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede desconocer los derechos humanos. Pero la mayoría puede perdonar, porque el perdón es una manifestación que hace a la esencialidad del ser humano. Y esa manifestación no puede ser desconocida por nadie. Desconocerla implica una actitud, profundamente anticristiana, desde luego, pero también profundamente antihumana, con lo cual deviene ilegítima.

Desde esa perspectiva no se puede admitir que se cuestione la legitimidad de una ley de amnistía, cualquiera sea el nombre que se le dé, cuando a raíz de una situación excepcional, ese perdón sea el instrumento necesario para asegurar la paz social.

Se advierte por otra parte que el Pacto de San José de Costa Rica no impide el inculdo ni la amnistía y como no existe un derecho humano a la represión penal, se equivoca también por esa razón la Corte Interamericana, al considerar la Ley de Caducidad

---

que se desprenden de la primera parte de la Constitución, como el principio de no retroactividad en materia penal y la discriminación que se hace acerca de la vigencia de la doctrina que aplican los tribunales a los delitos de lesa humanidad que sólo considera imprescriptibles cuando éstos son cometidos por funcionarios del Estado y no por los miembros de las organizaciones terroristas. También se advierte un uso abusivo por parte de los jueces de las modernas teorías que adjudican responsabilidades penales objetivas, no por la intervención o participación directa o indirecta del imputado, sino por la conducta que cabe esperar de él en ciertas situaciones en que se representan intereses ajenos, lo cual contraviene el principio de legalidad y deja a los jueces un manejo absolutamente discrecional en la configuración de las conductas punibles.

Desde luego, que sería conveniente recorrer el camino de la reconciliación y del perdón. Ello no es óbice a que se transite el camino de la verdad, que no admite sustituir la historia por la memoria parcial y subjetiva de un sector de la población, inspirado en propósitos de odio y venganza. Desde luego, que el perdón no amengua la gravedad de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante los gobiernos de “*iure*” y de “*facto*”, provocadas por agentes del propio Estado, por hechos ciertos y comprobados, en base a imputaciones subjetivas. La paradoja es que las violaciones a los derechos humanos que ocurren en el mundo, en constante aumento, se dan en el escenario de las solemnes declaraciones que se instrumentan en el campo internacional para desterrar las prácticas atentatorias de dichos derechos.” CASSAGNE, J.C. *La Encíclica ‘Caritas in veritate’: Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización*. Disponible en: <[http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice\\_display&id=65614](http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=65614)>.

<sup>72</sup> BENEDICTO XVI. *Carta Encíclica Deus Caritas in...*, p. 38.

<sup>73</sup> BENEDICTO XVI. *Carta Encíclica Deus Caritas in...*, p. 6 – et. seq.



incompatible con la Convención, siguiendo una línea jurisprudencial iniciada con anterioridad, con relación a ciertas leyes de amnistía de otros países (Sentencia de 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos y la Cantatuta vs. Perú*; sentencia de 24 de setiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*; sentencia de 24 de noviembre de 2010, en el caso *Gómez Lund vs. Brasil*).<sup>74</sup>

También se equivoca la Corte al pretender aplicar en la especie la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, pues es posterior en el tiempo y no puede aplicarse retroactivamente. Su aplicación retroactiva significa la violación de un derecho humano de máximo valor y fuerza: la seguridad, en su especie, seguridad jurídica.

7. A la luz de lo expuesto es que debe interpretarse el numeral 11 de la Sentencia de la Corte pues, según el CONSIDERANDO I) de la Resolución del Poder Ejecutivo N° 322/2011, es el que se pretende ejecutar con dicho acto administrativo.

El referido numeral 11 expresa:

“El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.”<sup>75</sup>

La Ley de Caducidad no ha significado ningún obstáculo para las reparaciones patrimoniales solicitadas. Ha habido condenas al respecto, así como transacciones judiciales o extrajudiciales.

La Ley de Caducidad no ha impedido, ni impide tampoco, investigaciones administrativas. Estas se han practicado y pueden seguir practicándose.

Lo que la ley ha impedido en ciertos casos es la represión penal.

<sup>74</sup> BLENGIO VALDÉS, M. Corte Interamericana..., loc. cit., p. 144 – et. seq.

<sup>75</sup> Esos párrafos establecen:

“253. Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquella no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidos en Uruguay.

254. En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.”

Es este el punto delicado, puesto que la Sentencia expresa que el Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad “no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos...” (énfasis nuestro).

Véase que la sentencia, sin perjuicio de considerar la Ley de Caducidad incompatible con la Convención no impone su derogación o anulación, ni impone en todos los casos la represión penal, sino “si procede”.

Esa expresión “si procede” admite dos interpretaciones.

Una interpretación posible es entender que si se consideró que hubo delito, corresponde en todo caso la sanción penal.

Otra interpretación posible es entender que si se consideró que hubo delito, corresponde la sanción penal si jurídicamente esta es posible.

La primera opción es incompatible con el *bloque de constitucionalidad*. En efecto, significa desconocer el derecho adquirido por ciertas personas a no ser procesadas y el derecho a confiar en la palabra dada por el Estado.

No se trata de imponer una ley interna al Derecho Internacional de los derechos humanos. Poco importa, es cierto, desde el punto de vista estrictamente jurídico, si una ley hubiese desconocido derechos humanos, que esa ley haya sido ratificada por el Cuerpo Electoral por un Referéndum y que el Cuerpo Electoral haya rechazado un Plebiscito tendiente a su anulación, porque en materia de derechos humanos –por lo menos en lo que configura su *coto vedado*– estamos ante una cuestión indecidible, al margen de la voluntad de la mayoría y hasta la de la unanimidad.<sup>76</sup>

De lo que se trata es de respetar un derecho humano, el de la seguridad jurídica. En la especie, ese derecho ha sido otorgado, sí, por una ley interna; pero una vez otorgado cobra autonomía y no puede ser desconocido por ningún otro acto jurídico, ni siquiera por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los derechos humanos se imponen también a la misma Corte. No hay derechos humanos internos y derechos humanos internacionales; los derechos humanos son únicos, por ser único el ser humano, con independencia del derecho (interno o internacional) que los reconozcan.

La otra interpretación posible es perfectamente compatible con el *bloque de constitucionalidad*. Por tanto, de acuerdo con el precepto de *interpretación conforme*, ha de optarse por esta segunda interpretación.

<sup>76</sup> Pero la Ley de Caducidad, no solo no desconoció derechos humanos, sino que efectuó un perdón, es decir, ejerció un acto profundamente humano que fue ratificado en dos oportunidades por el Cuerpo Electoral, y eso no se puede desconocer. La manifestación del Cuerpo Electoral es irrelevante si desconoce derechos humanos, pero es relevante si ejerce un derecho humano, como lo es el derecho de perdonar. Nadie puede privar a nadie del ejercicio del derecho de perdonar.

## V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA RESOLUCIÓN N° 322/2011

1. En virtud de lo expuesto, surge claramente que el Poder Ejecutivo interpretó y aplicó mal, en el punto, la Sentencia de la Corte. Si hubiera efectuado una interpretación conforme al *bloque de constitucionalidad* no habría dispuesto la revocación de los actos administrativos que dispuso. Al hacerlo, incurrió en ilegitimidad al desconocer la seguridad jurídica.

2. La Resolución del Poder Ejecutivo N° 322/2011 es gravemente ilegítima, padece de un vicio susceptible de nulidad que vicia de la misma manera todos los actos de ejecución de la misma cualquiera sea su naturaleza.

3. En virtud de esa ilegitimidad, corresponde su inaplicación. Esa inaplicación corresponde no solo en sede administrativa<sup>77</sup> sino también, y especialmente, en el ámbito jurisdiccional. Los fiscales y jueces tienen el deber de no aplicar la Resolución N° 322/2011 en razón de su ilegitimidad.

4. La aplicación de la Resolución en estudio compromete además la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad administrativa y por su actividad jurisdiccional, en caso de existir un daño, lo que ocurriría con un procesamiento.

5. Pero también cabe afirmar que ven comprometida su responsabilidad patrimonial personal los funcionarios actuantes que posibiliten o produzcan el daño. Ven comprometida así su responsabilidad personal los firmantes de la Resolución del Poder Ejecutivo en análisis así como los fiscales y jueces que la ejecuten. Procede en todos esos casos acción directa contra ellos.

Es cierto que una larga y mayoritaria doctrina niega la posibilidad de una acción reparatoria directa contra el funcionario.<sup>78</sup> Pero ha surgido posteriormente una nueva lectura de los artículos 24 y 25 de la Constitución, a mi juicio más convincente y más ajustada a la actual concepción del Derecho Administrativo, que admite esa acción directa.<sup>79</sup>

Esta última corriente doctrinaria tiende a crecer y ha comenzado a tener receptividad en la jurisprudencia, lo que permite avizorar un cambio en la materia a fin de evitar islas de irresponsabilidad.

6. De más está decir que, como lo que esta Resolución del Poder Ejecutivo desconoce son derechos humanos expresamente reconocidos en el Pacto de San José de

<sup>77</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. La Administración ante el reglamento ilegal. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de Derecho Público...**, p. 299 – et. seq.

<sup>78</sup> MARTINS, D.H. La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya. In: \_\_\_\_\_. **Constitución y Administración**. Tomo I. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1997. p. 276 – et. seq.

<sup>79</sup> RISSO FERRAND, M. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. In: \_\_\_\_\_. [et. al.]. **Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción**. Montevideo: Editorial Universidad, 1995. p. 17 – et. seq.; RISSO FERRAND, M. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. In: \_\_\_\_\_. [et. al.]. **Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción**. Montevideo: Editorial Universidad, 1995. p. 80 – et. seq.

Costa Rica, queda comprometida también la responsabilidad del Estado ante el sistema interamericano de derechos humanos.

## APRECIACIONES FINALES

1. alguna vez le oí decir a Soto Kloss que en el ámbito jurídico no podemos movernos con la frialdad con que lo hace un veterinario cuando efectúa la autopsia de un gato.

Considero que Soto Kloss tiene razón, porque la materia prima del derecho es el ser humano, el ser humano en toda su dimensión, el ser humano vivo, el ser humano de hoy, con su raíz afincada en el pasado y su proyección de futuro.

2. Las reglas de derecho que rigen la sociedad no son solo normas, sino también principios. Y ante estos, es precisamente el caso de los derechos humanos, en la interpretación jurídica predomina la ponderación sobre la subsunción.

3. Esa ponderación, efectuada en el marco de un razonamiento prudencial, debe tener en cuenta la naturaleza humana en toda su plenitud. Por consiguiente, en temas como este, cuestiones como *amor*, *caritas*, *agapé*, no pueden estar ausentes en el discurso jurídico, en todos y cualesquiera de sus niveles.

## REFERENCIAS

ABERASTURY, P. **La justicia administrativa**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

ARISTÓTELES. **La política**. Buenos Aires: Editorial Tor Srl., 1965.

BENEDICTO XVI. Carta Encíclica *Caritas in veritate*: La caridad en la verdad. San José: Librería Editrice Vaticana, 2009.

BENEDICTO XVI. **Carta Encíclica Deus Caritas est**. Librería San José: Editrice Vaticana, 2006.

BLENGIO VALDÉS, M. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Gelman Vs. Uruguay. **Revista de Derecho Público**, n. 39, Montevideo, F.C.U., 2011.

BRITO, M.R.; CAJARVILLE PELUFFO, J.P.; DELPIAZZO, C.E.; DURÁN MARTÍNEZ, A. (Org.). Los principios en el derecho administrativo uruguayo. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2009.

CASSAGNE, J.C. **Derecho Administrativo**. 8 ed. Tomo II. Lexis Nexis. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CASSAGNE, J.C. **La Encíclica 'Caritas in veritate'**: Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización. Disponible en: <[http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice\\_display&id=65614](http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=65614)>.

CASSAGNE, J.C. **Ley Nacional de Procedimiento Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

CASSAGNE, J.C.; PERRINO, P.E. **El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

COSTA, J.P. L'exécution des décisions juridictionnelles. **La Revue Administrative**. Numéro spécial. Évolutions et révolutions des contentieux administratifs. Paris: PUF, 1999.

COVIELLO, P.J.J. La protección de la confianza del administrado. Buenos Aires: Lexis Nexis. Abeledo-Perrot., 2004.

DELPIAZZO ANTÓN, G., Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración. Montevideo: Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Casos de Derecho Administrativo**. Vol. V. Montevideo: [s. n.], 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Casos de Derecho Administrativo**. Vol. VI. Montevideo: [s. l.], 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo**. Montevideo: F.C.U., 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, A. El precedente administrativo. **Revista de Derecho**, n. 5, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al Neoconstitucionalismo. **Estudios Jurídicos**, n. 7, Universidad Católica del Uruguay - Facultad de Derecho, Montevideo, 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**: Parte General. Montevideo: [s. n.], 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Público**. Vol. II. Montevideo: [s. n.], 2008.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios sobre derechos humanos**. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, A. La responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo. **Revista de Derecho Público**, n. 35, Montevideo, F.C.U., 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, A. Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya. **Revista de la Facultad de Derecho**, n. 30, **Universidad de la República, Uruguay**, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, A. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en el Uruguay. **Revista de derecho público**, n. 40, Montevideo, F.C.U., 2011.

GARCÍA PULLÉS, F.R. **Tratado de lo Contencioso Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J. El derecho a la tutela jurisdiccional. **Cuadernos Civitas**, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. **Ley de jurisdicción contencioso-administrativa**: Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1992.
- GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- HÄBERLE, P. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HAURIOU, M. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**. Tomo II. Paris: Sirey, 1929.
- INSTITUTO ROMEU FELIPE BACELLAR. **V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Brasil, Foz do Iguaçu, 2009.
- JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Procedimiento Administrativo. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Escuela de Posgrado en Derecho de la Universidad de Belgrano. **Anais**. Buenos Aires, República Argentina, 27-29 abr. 2011.
- LARENZ, K. **Derecho justo**: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.
- LINARES, J.F. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1975.
- MACHADO ARIAS, J. P. (Org.). **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- MACHADO ARIAS, J.P. (Org.). **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- MARTÍN REBOLLO, L. **Leyes Administrativas**. 16 ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., (Org.). **La protección jurídica del ciudadano**: Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez. Tomo I. Madrid: Civitas, 1993.
- MARTINS, D.H. **Constitución y Administración**. Tomo I. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1997.
- MONTESQUIEU. **El espíritu de las leyes**. 6 ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1984.
- OCHS OLAZABAL, D. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay. **Estudios Jurídicos**, n. 9, Montevideo, 2011.
- RISSO FERRAND, M. [et. al.]. **Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción**. Montevideo: Editorial Universidad, 1995.
- RISSO FERRAND, M. Algunas garantías básicas de los derechos humanos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/IBÁÑEZ, 2011.
- SAYAGUÉS LASO, E. **Tratado de Derecho Administrativo**. 9 ed. Tomo I. Actual. Daniel Hugo Martins. Montevideo: F.C.U., 2010.

SOTO KLOSS, E. [et. al.]. **Congreso Internacional de Derecho Administrativo**. Montevideo: Universidad de la República-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1984.

SUÁREZ, F. **Selección de Defensio Fidei y otras obras**. Buenos Aires: Depalma, 1966.

TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de la ley, Tratado de la justicia**: Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes. México: Editorial Porrúa S.A., 1975.

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA. **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2005.



## Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy\*

### *Constituent aspects of the theory of legal argumentation: the contribution of Robert Alexy*

ROGÉRIO GESTA LEAL\*\*

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)  
gestaleal@gmail.com

**Recebido/Received:** 22.01.2014 / January 22<sup>nd</sup>, 2014

**Aprovado/Approved:** 13.02.2014 / February 13<sup>th</sup>, 2014

#### Resumo

O presente artigo estuda os aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica, utilizando como principal objeto de análise o pensamento de Robert Alexy. Entre as relevantes dimensões da teoria da argumentação de Alexy, o estudo examina a teoria do balanceamento das normas jurídicas, as objeções a ela apresentadas e as respostas dadas pelo autor às críticas a ele dirigidas.

#### Abstract

*This article studies the constituent aspects of the theory of legal argumentation, using as a main object of analysis the thought of Robert Alexy. Among the relevant dimensions of Alexy's theory of argumentation, the study examines the theory of balancing of legal principles, the objections presented to it and the answers given by the author to the critics directed at him.*

**Palavras-chave:** teoria da argumentação jurídica; Robert Alexy; ponderação de princípios jurídicos.

**Keywords:** the theory of legal argumentation; Robert Alexy; balancing of legal principles.

Como citar este artigo | How to cite this article: LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>

\* Este ensaio é fruto do projeto de pesquisa intitulado A DECISÃO JUDICIAL: ELEMENTOS TEÓRICO-CONSTITUTIVOS À EFETIVAÇÃO PRAGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, desenvolvido junto ao Curso de Direito da UNOESC, bem como com o Grupo de Pesquisa sobre Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, desta mesma instituição, mais especialmente para o evento internacional **Proporcionalidade, dignidade humana e direitos sociais na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**, realizado nos dias 26 a 28 de março de 2013, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da UNOESC.

\*\* Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS) e da UNOESC. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Buenos Aires. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.



## SUMÁRIO

**I.** Notas Introdutórias. **II.** Notas sobre alguns precursores. **III.** O que tem Robert Alexy a dizer sobre a Teoria da Argumentação Jurídica? Aspectos gerais. **IV.** Considerações Finais. **V.** Referências

### **I. NOTAS INTRODUTÓRIAS**

Historicamente tanto o formalismo como o positivismo constituem a grande marca metodológica também na área do Direito do século XX.

Todavia há alguns elementos de fragilização do argumento positivista em especial nos seguintes aspectos: (1) ele não admite lacunas e, quando o faz, não apresenta para elas qualquer solução material; (2) ele não tem meios para lidar com conceitos jurídicos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações; (3) ele se apresenta inoperacional em situações de tensões de princípios jurídicos; (4) ele detém-se perante a questão complexa mas inevitável das normas injustas.

Mas qual a alternativa à dogmática jurídica restrita que esta longa história do positivismo construiu? Muitas são as experiências e respostas no particular, razão pela qual, para o objeto deste trabalho, pretendo tão somente recuperar algumas discussões sobre estes temas para dirigir minha atenção à Teoria da Argumentação Jurídica, eis que ela vai contribuir em muito à compreensão e operacionalidade da decisão judicial, em face das suas particularidades epistemológicas e fenomenológicas constitutivas.

Por ser de igual sorte muito variadas as matrizes teóricas que tratam da teoria da argumentação jurídica, vou eleger a contribuição de Robert Alexy no particular, eis que tem dialogado com múltiplas fontes e referencias importantes deste universo problemático.

### **II. NOTAS SOBRE ALGUNS PRECURSORES**

Um dos temas correlatos à Teoria da Argumentação Jurídica é com certeza a Teoria do Discurso, mais ligado antes à filosofia do que à ciência jurídica, mas que em seguida vão se comunicar e imbricar.

Em trabalho extremamente didático, Ernesto Laclau vai sustentar que um dos principais fundadores da Teoria do Discurso, Ferdinand de Saussure, já teve oportunidade de destacar que são elementos constitutivos necessários de qualquer fala e comunicação: (i) a língua (os tesouros da linguagem depositadas na mente do falante); a palavra (a experiência individual do uso da linguagem); (ii) significante (fluxo de sons) e o significado (conceito), os quais, juntos, constituem o signo, que, por sua vez, é a

fundamental unidade de análise lingüística; (iii) o sintagma (enquanto relações de combinação entre os signos) e o paradigma (relações de substituição)<sup>1</sup>.

A partir daqui, compreendia o mesmo autor francês que estariam norteando esta estruturação constitutiva dos discursos alguns princípios fundantes, a saber: (i) na linguagem não há termos positivos, mas somente diferenças entre termos (cada termo significa somente o que a linguagem determina através das diferenças com outros termos); (ii) a linguagem é somente forma, não substância, eis que cada termo está relacionado com outros termos somente através de leis de combinação e substituição os vinculando, independentemente dos seus conteúdos materiais.

Decorre daqui o que a literatura especializada chamou de Teoria da Hegemonia Lingüística, cujas regras de sustentação são as seguintes:

(a) Se as identidades em qualquer espaço de significação são diferenciadas, a totalidade de sistemas de diferenças está presente em todo e qualquer ato de significação; isto requer que o sistema – enquanto totalidade das razões destas diferenças – seja fechado, caso contrário se teriam infinitas dispersões nas quais a significação não seria possível;

(b) Esta totalidade sistêmica, entretanto, requer limites, e estes somente são viáveis se se pode ver o que está além deles; este além, por sua vez, só pode constituir mais diferenças e, como o sistema é o sistema de todas as diferenças, não haveria verdade ou segurança neste além. Isto tornaria impossível a decisão entre internalidade e externalidade.

(c) A única saída para este dilema é se aquele além tivesse a característica da exclusão, ou seja, não fosse mais um elemento presente no cenário descrito, mas o antagonico em face do que está sendo considerado como interno ao fenômeno estudado, e, portanto, tomado como *enemy which makes possible the unity of all the forces opposed to it*<sup>2</sup>.

(d) Tudo isto se complica quando se levam em conta aqueles elementos que não são necessariamente diferentes, mas equivalentes no processo lingüístico de formação de discursos, pois que fragiliza aquela idéia de sistema fechado e completo de significantes e significados, revelando-se impossível o seu objeto, eis que toda a identidade está constituída em torno da insolúvel tensão entre diferença e equivalência<sup>3</sup>.

(d) A centralidade das relações hegemônicas na teoria do discurso vem do fato que o desejo de plenitude está sempre presente, todavia este mesmo desejo é inalcançável, somente podendo existir em torno de particularidades as quais assumem, temporariamente, o papel de encarná-lo. Isto explica porque equivalência e diferença – que

<sup>1</sup> LACLAU, Ernesto. **Philosophical roots of discourse theory**. New York: Oxford University Press, 2001.

<sup>2</sup> LACLAU, Ernesto. **Philosophical roots of discourse theory**. New York: Oxford University Press, 2001. p.15.

<sup>3</sup> Neste sentido ver o trabalho de BARTHES, Roland. **Empire of Signs**. New York: Hill and Wang, 1982.

em linhas gerais corresponde ao que se chamou antes de combinação e substituição na análise lingüística – são as duas dimensões da vida política.

Ocorre que o estruturalismo lingüístico francês ainda apresenta, no mínimo, duas falhas: (i) primeira, a de que, para Saussure, a lingüística do discurso – concebida como unidade lingüística que independe da sentença produzida por este discurso – era impossível dado que a concatenação de sentenças dependia dos caprichos dos falantes, não podendo ser submetida a qualquer regularidade estrutural. Em face disto, a possibilidade de transição de um nível lingüístico senso estrito para uma semiologia mais generalizada (enquanto ciência dos signos em sociedade), a qual foi também parte do projeto de Saussure, foi severamente limitada; (ii) segunda, a de que há um estrito isoformismo entre significante e significado (o que significa que um e somente um conceito corresponde a cada fluxo de sons), todavia, o princípio estrito de que a linguagem é forma e não substância significa que uma diferença de pura substância entre som e conceito deveria ser ignorada. De outro lado, sob o ponto de vista da forma, no sentido do referido isomorfismo, em que o significante e o significado se transformam indistintamente na noção de signo, entra em colapso<sup>4</sup>.

Assim é que *This linguistic formalism, by breaking the link between linguistic categories and the substance that we call speech, made possible the extension of structural analysis to the ensemble of social life and opened the way to a generalised semiology, as the one practised by Barthes and others since the 1960s*<sup>5</sup>.

Na década de 1960 tem-se certa transição do estruturalismo lingüístico para outra dimensão, que é o que se pode chamar de pós-estruturalista, no sentido de problematizar aquela forma de totalidade fechada com a qual o estruturalismo tomava as expressões gramaticais isoladas entre si, fazendo com que autores como Roland Barthes sustentassem, de forma bastante crítica, ser inapropriado separar conotação de denotação no âmbito das expressões lingüísticas veiculadas em frases de contextos múltiplos, eis que faces distintas do mesmo fenômeno que é a linguagem na comunicação (associa-se aqui a lógica lacaniana do significante, concebendo esta separação como verdadeiro obstáculo para o esclarecimento do signo em seu sentido contextual).<sup>6</sup>

Na verdade, a lingüística, a partir de Saussure, toma a língua como seu objeto, quase sempre sem ultrapassar a dimensão da frase. O interesse pelo texto como um todo, principalmente com o desenvolvimento dos estudos de semântica, e a aceitação

<sup>4</sup> Kress, Gunther. **From Saussure to critical sociolinguistics**. In WETHERELL, Margaret. *Discourse Theory and Practice: A Reader*. London: Sage Publications, 2001, p.29 e seguintes.

<sup>5</sup> *Idem*, p.04.

<sup>6</sup> Ver o já clássico texto de BARTHES, Roland. **The Pleasure of the Text**. New York: Hill and Wang, 1975.

do fato de o texto não ser, como já se sabe há muito, a simples soma de frases, tornou necessária uma lingüística do texto ou do discurso<sup>7</sup>.

A par dos evolueres históricos e epistemológicos sobre estas questões, é no final da década de 1990, conforme alerta de James E. Herget<sup>8</sup>, estudioso da cultura germânica, que surgem as principais correntes do debate mais crítico sobre os pontos destacados: a “teoria do discurso”, “a teoria retórica”, a “teoria dos sistemas” e o “positivismo legal institucionalista”. Conclui o autor também que, no que tange à teoria do discurso do direito e da democracia, os trabalhos de Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther são expressão qualitativa do debate.

### III. O QUE TEM ROBERT ALEXY A DIZER SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA? ASPECTOS GERAIS.

A produção de Robert Alexy é extremamente rica em termos de reflexão e aplicação normativa, razão pela qual não pretendo esgotá-la – até porque se trata de autor vivo, em plena produção científica –, mas me apropriar, de forma coerente, de algumas contribuições do autor para o tema que interessa aqui, a saber, formas de qualificação e fundamentação da decisão judicial, no âmbito do que se pode chamar de Teoria do Discurso e da Argumentação Jurídica.

Desde o seu já clássico trabalho sobre teoria da argumentação jurídica, o autor alemão refere que a lógica formal e tradicional de interpretação e aplicação do direito não atende muitas vezes situações em que: (a) a imprecisão da linguagem do Direito dificulta a interpretação/aplicação; (b) há conflitos entre normas; (c) inexistem normas jurídicas que se amoldem a casos de alta complexidade temática; (d) casos especiais demandem decisões que contrariem textualmente estatutos normativos<sup>9</sup>. Decorre daqui a possibilidade material de que os âmbitos decisórios no tocante a casos concretos tenham carga discricionária e subjetiva ampliadas, afigurando-se urgente a demarcação de parâmetros e ferramentas de controles para tanto, dentre os quais, toma relevo, na obra de Alexy, a argumentação jurídica. Para tal desiderato,

*existe uma necessidade de estudos analíticos da estrutura do argumento em decisões particulares e em discussões científicas, das regras que são seguidas e das formas de argumentação que são usadas em diferentes áreas da lei, da estrutura da argumentação na série de decisões, e da estrutura da argumentação nos processos. Estas investigações*

<sup>7</sup> Ver neste sentido o trabalho de BARROS, Diana Luz Pessoa de. **Teoria do Discurso: fundamentos semióticos**. São Paulo: Humanitas/USP, 2002.

<sup>8</sup> HERGET, James E. **Contemporary German Legal Philosophy**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.17.

*analíticas teriam de ser suplementadas por estudos empíricos do comportamento da tomada de decisões*<sup>10</sup>.

Vale a lembrança de Tarello sobre a importância da utilização de argumentos jurídicos mais sofisticados e eficientes diante da complexidade crescente das relações sociais, notadamente os que se utilizam da valoração dos princípios no sistema normativo:

*Tuttavia l'utilizzazione di questo tipo di norme nell'argomentazione giuridica era per lungo tempo rimasta alquanto marginale, a tutto vantaggio di altre tecniche di argomentazione giuridica ritenute maggiormente in grado di assicurare al lavoro del giurista, e del giudice in particolare, un'aura di meccanicità formalistica, di mera esecuzione tecnica del precetto del legislatore – e solo di quello – a tutto vantaggio della separazione dei poteri e della certezza del diritto.*<sup>11</sup>

Esta nova perspectiva coloca em cena – com o papel dos princípios jurídicos nos sistemas normativos – revisão profunda da relação entre direito e moral, bem como a necessidade de rejeitar, ou ao menos reconfigurar, o paradigma juspositivista que até a pouco vinha marcando tal distinção de forma abrupta e artificial, introduzindo na teoria da argumentação jurídica novos instrumentos de análise (diferentes do paradigma lógico-dedutivo do silogismo hegemônico), única forma de se dar conta das múltiplas lógicas aplicativas aos princípios<sup>12</sup>.

Daí a defesa de Alexy de uma teoria normativa a qual permita que seja feito pelo menos algum tipo de medida de potência dos diferentes argumentos e da racionalidade da argumentação jurídica, advertindo, então, que *a teoria do discurso jurídico racional é criada pela incorporação da teoria do discurso prático geral à teoria do sistema jurídico. Essa incorporação não é mera aplicação da teoria geral do discurso ao Direito, mas*

<sup>10</sup> *Idem*, p.37.

<sup>11</sup> TARELLO, Giancarlo. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 384. Aduz ainda o autor que o fenômeno do constitucionalismo do século XX vai mudar este cenário, no sentido de que: *Com'è noto, le cose sono molto cambiate a partire dalla seconda metà del Novecento, specialmente con la promulgazione in molti paesi occidentali di costituzioni lunghe, rigide e garantite: costituzioni che contengono cataloghi di diritti e principi fondamentali, e che sono (o comunque sono pensate per essere) dotate di una forza normativa e assiologica superiore alla legge ordinaria. Il "nuovo" diritto costituzionale, il diritto costituzionale della seconda metà del Novecento, è diventato così un diritto "per principi*.

<sup>12</sup> A despeito das tentativas neo-positivistas de encampação deste debate pelo argumento de que: *regole e principi non sono affatto cose diverse, ma sono solo gradazioni diverse di una stessa realtà, di una stessa tecnica regolatoria, pertanto descrivibili ed analizzabili con gli strumenti disponibili ad una riflessione teorica di stampo giuspositivista*. PINO, Giorno. **Principi e argomentazione giuridica**. Milano: Giuffrè, 2008, p.48. Lembra o autor que um dos defensores desta tese é MACCORMICK, Neil. **Ragionamento giuridico e teoria del diritto**. Torino: Giappichelli, 2001.

*produz desdobramentos necessários à fundamentação sistemática deste*<sup>13</sup>. Em verdade, para o autor, o ponto comum entre discurso jurídico e discurso prático é que em ambos há a preocupação com a correção das afirmações normativas.

Em tal conceito pode-se perceber, divergindo de Atienza, que a pesquisa de Alexy, a despeito de estar vinculada aos debates filosóficos sobre a ética do discurso, não pode ser reduzida a *uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do direito*<sup>14</sup>.

Ocorre que a decisão judicial é sempre veiculada pelas escolhas/preferências do decisor – conscientes ou inconscientes –, o que reclama, ao menos para a Teoria da Argumentação Jurídica, aferições condizentes às razões de justificação e fundamentação qualitativa destas escolhas e preferências, bem como daquelas alternativas que não foram eleitas, o que implica juízos de valor.

Em face disto uma pergunta se impõe à Alexy: *A pergunta é, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre esses julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos de dogmática jurídica, e como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados*<sup>15</sup>.

Em texto bastante elucidativo o autor faz questão de demarcar algumas matrizes de interpretação e aplicação do direito que abordam diretamente e indiretamente estas questões e que foram e ainda são importantes, identificando-as como segue:

(1) A Matriz Deducionista, que opera com a lógica de que a decisão de qualquer caso jurídico decorre necessariamente de normas válidas, juntamente com definições de conceitos jurídicos, os quais são pressupostos como certos, deixando de considerar – e por isto falha – questões como a imprecisão da linguagem das normas, a possibilidade de conflitos ou colisões entre normas, o fato de que possa não haver uma norma para a decisão de um determinado caso e a possibilidade de um desenvolvimento do Direito contrário à formulação literal de uma norma<sup>16</sup>. Ocorre que tal perspectiva es-

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de Oliveira (Orgs.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. São Paulo: Manole, 2010, p.07.

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000, p. 234. Ver também os textos de: COLEMAN, John. **La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2006; e VIOLA, Francesco & ZACCARIA, Giancarlo. **Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

<sup>15</sup> É interessante que Alexy lembra que esta é uma constatação bastante convergente em nível de teoria do direito, citando para tanto autores como Karl Larenz, Friedrich Müller, Kriele, Engisch, dentre outros. In ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Op.cit., p.20.

<sup>16</sup> Neste ponto o autor cita WINDSCHEID, Bernhard. **Lehrbuch des Pandektenrechts**, p.111: *Die Entscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Faktoren sind.* („A decisão final é o resultado do

quece que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade<sup>17</sup>.

(2) A Matriz Decisionista, segundo a qual o juiz, se estiver fundado em boas razões, como leis e precedentes, deve decidir de acordo com os padrões extrajurídicos. Lembra Alexy que tal postulado fora já formulado por Hans Kelsen, quando afirmava que, em casos difíceis, o juiz, como um legislador, deverá resolver um *problema de política jurídica*<sup>18</sup>.

(3) A Matriz Hermenêutica, representada na opinião de Alexy por autores como Gadamer e Betti, e na jurisprudência alemã por Larenz, Kaufmann e Esser, à qual existe uma estrutura de interpretação e compreensão em toda a aplicação da norma jurídica, e o seu conceito chave é o de círculo hermenêutico que, na jurisprudência, conta com três dimensões. Nas palavras do próprio autor:

*O primeiro concerne à relação entre o chamado preconceito e o texto. O preconceito é uma hipótese da qual parte o intérprete quando entra em contato com um texto. Essa hipótese expressa a suposição do intérprete ou sua expectativa quanto à solução correta para o problema jurídico a ser decidido. Seu conteúdo é determinado pela concepção geral de sociedade que o intérprete possui e por suas experiências profissionais. A imagem do círculo se destina a salientar a interação entre o texto da norma e a hipótese de interpretação. Por um lado, sem uma hipótese de interpretação, o texto da norma não pode sequer ser tido como problemático ou não problemático. Por outro lado, a hipótese de interpretação deve ser analisada com base no texto da norma e com a ajuda das regras da metodologia jurídica. O ponto decisivo é que a teoria do círculo hermenêutico, como tal, não diz nada sobre os critérios de afirmação ou rejeição da hipótese de interpretação. Essa pergunta só pode ser decidida com base em argumentos. Isso já demonstra que a teoria do círculo hermenêutico não pode substituir uma teoria da argumentação jurídica. Isso não é, no entanto, desprovido de valor.*<sup>19</sup>

---

cálculo no qual os conceitos jurídicos são os fatores"); KOCH, Hans- Joachim & RÜSSMAN, Helmut. **Juristische Begründungslehre**, p.48 e segs. e 112; NEUMANN, Ulfrid. **Juristische Argumentationslehre**, p.16 e segs.

<sup>17</sup> Palavras do Tribunal Constitucional Alemão, citado por ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Op.cit., p.34.

<sup>18</sup> Cita Alexy aqui a obra de AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. A citação de Kelsen a que faz referência, diz estar no KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, p. 350. In ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. Op.cit., p.03.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. Op.cit., p.04. Avança o autor dizendo que: *O mesmo é verdade para os outros dois tipos de círculos hermenêuticos. A segunda proposta se refere à relação entre a parte e o todo. Por um lado, para compreender uma norma, é necessário compreender o sistema de normas ao qual ela pertence; de outra sorte, não é possível compreender um sistema de normas sem compreender as normas específicas pelas quais o sistema é constituído. Novamente, encontramos, aqui, apenas a formulação de um problema, mas nenhum critério é oferecido para sua solução. O problema reside na criação de unidade ou de*

Retira o autor daqui a conclusão de que, embora a matriz hermenêutica ofereça importantes descobertas sobre a estrutura da interpretação jurídica, não é suficientemente uma solução para o problema da correta interpretação, isto porque: *A justeza de uma interpretação só pode ser provada quando forem determinadas as razões em seu favor e rejeitados os motivos que a ela se opõem. Portanto, a frase “interpretação é argumentação” torna-se verdade*<sup>20</sup>.

(4) A Matriz Coerencial, que Alexy associa à da Integridade, vem trabalhada por Carl Friedrich von Savigny e por Ronald Dworkin, o primeiro, com a tese do conjunto orgânico e da interdependência interna, ou relação pela qual os conceitos jurídicos individuais e as regras são feitas em uma unidade de maiores dimensões<sup>21</sup>; o segundo, exigindo do decisor judicial que ele se pergunte sempre se suas deliberações poderiam fazer parte de uma teoria coerente que justifique a rede normativa como um todo integrado e orgânico<sup>22</sup>. Contesta tais posições sustentando que uma matriz hermenêutica/aplicativa do Direito na qual a coerência é apenas - ou talvez o mais importante e, portanto, o mais decisivo - critério para a correção da interpretação, teria como consequência representar a idéia de holismo jurídico, segundo a qual todas as premissas já estão incluídas, ou escondidas, no sistema jurídico, e só precisam ser descobertas<sup>23</sup>.

A partir destes referenciais é que Alexy começa a fundamentar a importância de uma Teoria do Discurso Jurídico, trabalhando com a lógica de que:

*Qualquer um pode racionalmente discutir sobre questões práticas, tendo, com isso, uma pretensão de correção. Assim, por um lado, a teoria do discurso tenta buscar um equilíbrio entre as teorias objetivistas e cognitivistas e, por outro, entre teorias subjetivistas e não cognitivistas. Discursos práticos gerais não são argumentações institucionalizadas sobre o que é obrigatório, proibido ou permitido, ou sobre o que é bom ou ruim. Um discurso prático é racional se preenche as condições da argumentação racional prática. Se*

---

coerência. Essa é a tarefa da argumentação sistêmica. Pode-se chamar o postulado por trás do segundo círculo de postulado de coerência.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. Op.cit., p.04. Avança o autor dizendo que: *O mesmo é verdade para os outros dois tipos de círculos hermenêuticos. A segunda proposta se refere à relação entre a parte e o todo. Por um lado, para compreender uma norma, é necessário compreender o sistema de normas ao qual ela pertence; de outra sorte, não é possível compreender um sistema de normas sem compreender as normas específicas pelas quais o sistema é constituído. Novamente, encontramos, aqui, apenas a formulação de um problema, mas nenhum critério é oferecido para sua solução. O problema reside na criação de unidade ou de coerência. Essa é a tarefa da argumentação sistêmica. Pode-se chamar o postulado por trás do segundo círculo de postulado de coerência.*

<sup>21</sup> Referindo no particular a obra SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**, p.XXXVI e segs.; e Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

<sup>22</sup> Citando como referência os trabalhos de: (a) DWORKIN, Ronald. **Law's empire**, p.245, e de (b) GÜNTHER, Klaus. **Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation**, p.175 e segs. e p.181.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. Op.cit., p.06.



*essas condições forem satisfeitas, o resultado do discurso estará correto. Uma teoria do discurso é, portanto, uma teoria procedimental da correção prática.*<sup>24</sup>

Mas quais são as condições dos discursos racionais práticos? O autor adota aquelas referidas por Habermas, a saber, constituídos por argumentos morais, éticos e pragmáticos, e justifica sustentando que um tão amplo conceito de discurso prático é necessário porque, na prática, entre esses três tipos de razão prática existe não apenas uma relação de suplementariedade, mas também de interpenetração.

Estes argumentos além de constituir o que se aceita como discursos racionais práticos, também vão garantir a possibilidade de visibilidade e controle público tanto das formas de suas legitimações (aspectos constitutivos dos próprios argumentos), como dos processos de comunicação que os utilizam à tomada de decisões. Em termos gerais e históricos, o autor classifica os argumentos jurídicos da seguinte forma:

*Os argumentos que possam ser eventualmente empregados na fundamentação jurídica podem ser classificados de diversas formas. A escolha da classificação depende, basicamente, da finalidade perseguida. Para nossos objetivos, pode-se fazer uma distinção em quatro categorias: linguística, genética, sistêmica e a dos argumentos práticos gerais. Argumentos linguísticos são baseados na verificação de uma linguagem usual factualmente existente. Muitas vezes, principalmente naquele grande número dos chamados casos simples, conduzem a um resultado definitivo. Então, a decisão é definida, e qualquer outra decisão só será possível se a lei for desenvolvida contra a literalidade do texto. No entanto, muitas vezes somente nos é possível afirmar que a norma é vaga ou, de certa forma, equivocadamente definida. Assim, uma decisão só poderá ser justificada mediante o auxílio de outros argumentos. Argumentos genéticos visam os propósitos factuais perseguidos pelo legislador histórico. Muitas vezes, eles não são aplicáveis porque não podem ser encontrados ou porque são demasiadamente vagos ou contraditórios. Além disso, o poder do argumento genético é discutível, como mostra a controvérsia entre a teoria subjetiva e a objetiva quanto ao escopo da interpretação. Argumentos sistêmicos são baseados na idéia da unidade ou coerência do sistema jurídico. Eles representam o correto ponto central do pensamento expressado, um pouco exageradamente, no modelo coerencial. Eles podem ser divididos em oito subgrupos que apenas podem ser definidos, mas não explicados aqui: (1) os argumentos que garantem a consistência, (2) o contextual, (3) os argumentos sistemático-conceituais, (4) os argumentos de princípio, (5) os argumentos jurídicos especiais, como a analogia, (6) os argumentos do precedente, (7) os históricos e (8) os comparativos. Argumentos práticos gerais formam a quarta categoria. Eles podem ser divididos em argumentos teleológicos e deontológicos. Argumentos teleológicos são orientados para as conseqüências de uma interpretação e*

<sup>24</sup> *Idem*, p.07.

*baseados em uma idéia do que é bom. Argumentos deontológicos expressam o que é legalmente certo ou errado sem olhar as conseqüências.*<sup>25</sup>

Para além da discussão das regras da argumentação racional - que remetem sempre aos argumentos -, a Teoria do Discurso ainda pretende propor um segundo nível de operação a essa primeira etapa: o nível das regras que se referem ao processo do discurso, no caso, aqui, do discurso jurídico. Nas palavras de Maniaci:

*Secondo Alexy una tesi normativa p è razionalmente giustificata se e solo se è il risultato di una procedura argomentativa razionale, una procedura, cioè, le cui regole devono essere adempiute perché p possa dirsi razionalmente avanzato. Possiamo dire, in tal senso, che le regole di carattere procedurale elaborate da Alexy sono espressione di una razionalità discorsiva, tale in quanto va al di là, inglobandola, della mera razionalità logica. E' altrettanto pacifico che una delle regole più importanti della procedura argomentativa razionale sia il c.d. principio di universalizzabilità.*<sup>26</sup>

Por certo que esta perspectiva se associa à chamada *distinzione forte fra principi e regole*, no sentido de reconhecer que existem determinadas características constantemente exibidas dos princípios, as quais se afiguram necessárias e suficientes para distingui-los das regras jurídicas, a saber: (a) são normas particularmente importantes pelo fato de representarem valores fundantes e constitutivos do ordenamento, razão pela qual a relação que se impõe a eles é a aderência, enquanto as regras se obedecem; (b) os princípios têm graus de generalidade e vagueza muito amplos, com certa indeterminação, enquanto que as regras são normas que conectam conseqüências jurídicas a uma precisa fatispécie, associando uma modalidade deontica (proibição, permissão ou obrigação) a certa conduta; (c) a aplicação dos princípios está condicionada a considerações de peso e importância, enquanto que as regras não poderiam ser operadas a partir desta lógica, mas deveriam ou não ser aplicadas<sup>27</sup>. Nas palavras de Maniaci:

<sup>25</sup> *Idem*, p.11. Vale o destaque que o autor dá aos argumentos de princípios: *Mais importantes, em nosso contexto, são os argumentos de princípio. Nos Estados democráticos constitucionais, os argumentos de princípio são essencialmente baseados em princípios constitucionais. Nos casos difíceis, sua aplicação regular inclui um balanceamento (Abwägung), mostrando, assim, que os princípios têm caráter de comandos que devem ser otimizados.*

<sup>26</sup> MANIACI, Giorgio. Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy. In **Rivista Diritto&questioni pubbliche**, vol. 2, agosto 2002. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2002, p.02. Lembra o autor aqui que: *Il principio di universalizzabilità, se inteso nella sua versione formale, può essere interpretato in, almeno, due modi differenti, uno debole ed uno forte. In entrambe le concezioni esso è, comunque, espressione di una razionalità che possiamo chiamare sussuntiva.* Ver também o texto de GUASTINI, Ricardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998 – mesmo considerando que sua teoria da argumentação opera mais com a lógica de sentido frágil e particularista (quase cética), porque restringida a ações de densificação material normativa levada a cabo pela atividade judicial na solução de casos concretos, portanto, a seu juízo, não universalizável.

<sup>27</sup> Ver o texto de MENGONI, Luigi. **Ermeneutica e Dogmatica Giuridica**. Milano: Giuffrè, 2006, p.29 e seguintes. Ainda agrega o autor aqui outras diferenças, seguindo o raciocínio de Alexy, tais como: (1) *i principi sono soggetti ad eccezioni implicite, non chiaramente determinate in anticipo (sono norme defettibili), e quindi*

*Dal punto di vista di più generali concezioni filosofico-giuridiche, poi, la teoria della distinzione forte può essere utilizzata per sostenere una posizione (cripto-)giusnaturalista, o antipositivista, o neocostituzionalista – posizioni queste che sfruttano la teoria della distinzione forte tra regole e principi per segnalare una falla nel dogma giuspositivistico della separazione tra diritto e morale. Questa è chiaramente l'impostazione di autori come Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, e Gustavo Zagrebelsky.<sup>28</sup>*

Mas quais seriam as diretivas do discurso? Para que serviriam? Serviriam para garantir imparcialidade da argumentação no âmbito da interlocução de sujeitos de direito (regras específicas do discurso); tais regras seriam: **(a)** qualquer um que possa falar poderá tomar parte no discurso; **(b)** qualquer um pode questionar qualquer afirmação; **(c)** qualquer um pode introduzir qualquer afirmação no discurso; **(d)** qualquer um pode expressar atitudes, desejos e necessidades; **(e)** nenhum interlocutor será proibido de exercer os direitos postos nos itens **a** e **b**, por nenhuma sorte de coerção interna ou externa ao discurso<sup>29</sup>.

Stanley Paulson sustenta que a matriz jurídica de Alexy deriva de uma articulação de duas dimensões: uma dimensão institucional composta pelas características do Positivismo de Eficácia Social e elaboração da lei consoante o procedimento formal estabelecido; e uma dimensão ideal ou discursiva, composta pela correção, elemento que tomado isoladamente corresponderia a uma abordagem de Direito Natural, sendo que sua idéia seria exatamente a de conciliar ambas as dimensões em uma teoria compreensiva do Direito, através de modelo que leve em consideração aplicação de normas positivadas, legalmente estabelecidas e válidas, e também exige que as mesmas apresentem conteúdos compatíveis à correção<sup>30</sup>.

---

*sono ragioni non conclusive, applicabili solo prima facie, poiché la loro applicazione può essere differita una volta considerati tutti i fattori rilevanti; di contro, le regole sarebbero soggette ad applicazione categorica, tutto-o-niente, una volta verificatesi le circostanze fattuali previste nella fattispecie; (2) i principi sono "mandati di ottimizzazione", cioè prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., nella maggior misura possibile a seconda delle concrete possibilità fattuali e normative.*

<sup>28</sup> MANIACI, Giorgio. **Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy**. Op. cit., p.06. Por outro lado, uma Teoria Fraca da diferença entre Princípios e Regra, sustentaria que *La teoria della distinzione debole si basa sull'osservazione che, a ben vedere, tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere in qualche misura almeno alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo questa posizione, è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi: così, i principi sarebbero norme più generiche, più aperte ad eccezioni implicite rispetto alle regole, avrebbero una maggiore dimensione di "peso", sarebbero ragioni meno conclusive, e così via.* Alguns autores importantes de perfilham nesta perspectiva, dentre os quais: RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*, in "Yale Law Journal", 81, 1972, pp. 823-854; MACCORMICK, Neil. **Ragionamento giuridico e teoria del diritto**. Op. cit., em especial o capítulo VII; GIANFORMAGGIO, Luciano. **Filosofia del diritto e ragionamento giuridico**, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 173-204.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. Op.cit., p.09. Ver também o texto ALEXY, Robert. *A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*. In **Ratio Juris** 5, (3):231-251, 1992.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert & PAULSON, Stanley & PAULSON, Bonnie. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. London: Oxford, 2010. E com isto escapa Alexy da idéia regulativa do discurso ideal – aqui

Alexy já teve oportunidade reconhecer isto quando afirmou que a teoria do discurso pertence à classe das teorias procedimentais envolvendo sujeitos localizados no tempo e no espaço<sup>31</sup>. Segundo as teorias procedimentais, a adequação de uma norma ou a verdade de uma proposição depende de se a norma ou a proposição é ou pode ser o resultado de um procedimento determinado.

Tal procedimento, por sua vez, demanda requisitos e caráter específicos para ser devidamente controlado. Dentre estes requisitos, destacam-se: a fixação de determinadas características cognitivas e motivadoras dos indivíduos, passando pela especificação de condições ou circunstâncias sob as quais se argumenta e se decide, até a formulação de regras que determinam como proceder, sendo que as diferenças mais significativas provêm da *força* dos requisitos exigidos.

Ademais, esta teoria do discurso pressupõe que os seus participantes (seres humanos tais como efetivamente existem), são em princípio capazes de distinguir entre bons e maus fundamentos de proposições substanciais, ou seja, detêm capacidade de discernimento, todavia, é preciso ter em conta que:

*Se o pressuposto de que, em princípio, existe uma suficiente capacidade de discernimento – isto é, a faculdade de distinguir entre os bons e os maus fundamentos de proposições substanciais – é introduzida dessa maneira, como uma conexão entre procedimento e adequação, pergunta-se por que tomar por base o procedimento e não simplesmente os bons fundamentos ou as justificativas suficientes. A explicação para isso, pelo menos em questões práticas que concernem essencialmente à interpretação e à conciliação de interesses, é que não há bons fundamentos existentes em si mesmos. O que efetivamente é um bom fundamento só vai se revelar no processo da investigação discursiva. Caso se queira lançar mão dos conceitos de subjetividade e objetividade, pode-se dizer que o resultado do procedimento discursivo não é nem somente subjetivo nem exclusivamente objetivo. Ele é subjetivo na medida em que é condicionado pelas características peculiares dos participantes. Ele é objetivo na medida em que pôde resistir à investigação discursiva efetivada com base em uma suficiente capacidade de discernimento dos participantes. Desta maneira a teoria do discurso evita tanto as falhas das teorias morais subjetivistas ou relativistas, como as falhas das teorias morais objetivistas.*<sup>32</sup>

---

entendido como o discurso que procura responder a uma questão prática sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada, completa ausência de constrangimento no processo de produção da perfeita clareza lingüístico-conceitual, capacidade de informação empírica completa, total capacidade e disponibilidade para troca de papéis e total liberdade de preconceitos.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. In **Rechtstheorie**, caderno 2 (1981), pp.178.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. Probleme der Diskurstheorie. In **Zeitschrift für philosophische Forschung**, Band 43, 1989, pp. 81-93. Tradução de João Maurício Adeodato, Faculdade de Direito do Recife, p. 89.

Já no que tange ao *caráter* do procedimento, este depende do número de indivíduos e dos tipos de requisitos exigidos. A diferença mais importante aqui diz com o fato de se está ou não prevista, *com base* no procedimento, a possibilidade de uma mudança nas convicções e nos interesses empíricos e normativos matriciais dos participantes, isto porque a teoria do discurso enquanto modelo de teoria da argumentação é, em contrapartida, caracterizada pela possibilidade de as convicções, assim como os interesses dos indivíduos, modificarem-se por causa de argumentos apresentados ao longo do procedimento.

Em outro trabalho, Alexy vai sustentar, na linha de raciocínio aqui exposta, que os requisitos exigidos pela teoria do discurso podem ser inteiramente formulados através de regras, as quais dizem respeito com prescrições sobre a não-contradição, clareza de linguagem, verdade empírica e sinceridade; a idéia de universalidade, garantindo a todos o direito de participarem do discurso e de serem tratados com igual consideração; a argumentação sobre as conseqüências, ponderação e análise da gênese das convicções normativas<sup>33</sup>.

As críticas que Alexy apresenta à Teoria do Discurso Jurídico são importantes:

*Um dos principais problemas da teoria do discurso é seu sistema de regras não oferecer um procedimento finito de operações por meio das quais um agente racional possa sempre chegar a um resultado preciso. Para isso, existem três razões. Em primeiro lugar, as normas do discurso não contêm qualquer definição quanto aos procedimentos de partida. Pontos de partida são as convicções normativas dos participantes e as interpretações dos interesses. Em segundo lugar, as regras do discurso não definem todos os passos a serem tomados na argumentação. Em terceiro lugar, uma série de regras do discurso tem caráter ideal e, portanto, só podem ser realizadas de modo aproximado, ou seja, parcial. Nessa medida, a teoria do discurso não oferece decisões determinadas.*<sup>34</sup>

Na dicção de Enrico Grosso isto implica ter como pressuposto que *tutti i soggetti in gioco (specie i più deboli) debbono avere la possibilità di far sentire la propria voce. Il reclutamento dei partecipanti a tali processi dovrebbe quindi prevedere anche sforzi diretti*

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Op.cit., p.187 e seguintes. Em trabalho posterior, Alexy vai alertar para o fato de que: *É um mal-entendido pensar que algo já seria verdadeiro segundo a teoria do discurso, pelo simples fato de todos o terem como verdadeiro. Não é o consenso que ela considera decisivo, mas sim a condução do procedimento discursivo. Isto vai ao ponto de se admitir que, até mesmo em caso de dissenso, as opiniões mutuamente incompatíveis podem ser descritas como "adequadas", em um sentido a ser especificado mais à frente, desde que tenham atravessado todo o procedimento discursivo. Por isso é incorreto acusar a teoria do discurso de tomar o consenso como fundamento da adequação ou da verdade*. In ALEXY, Robert. **Probleme der Diskurstheorie**. Op.cit., p.88.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. **Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation**. Op.cit., p.10.

*a coinvolgere soggetti marginali che altrimenti non sarebbero presenti per ragioni culturali, sociali e materiali*<sup>35</sup>.

É óbvio que a ausência de igualdade material no âmbito não só do acesso da informação e dos instrumentos de participação, mas também das condições de operar com estes dados (cidadãos que não têm condições cognitivas, intelectuais, de saúde, alimentares, de discernimento para participar efetivamente do debate público e sobre ele manifestar sua vontade autônoma), gera relações interlocutivas coartadas, configuradas por monólogos autoritários e manipuladores.

Aliás, é preciso dizer que uma das bases fundantes do pensamento de Alexy – Habermas – tem plena consciência disto, eis que estas são circunstâncias que caracterizam bem a comunicação coartada, diferentemente do que afirmam alguns de seus interlocutores no sentido de que as chamadas condições ideais de fala configurariam extremismos transcendentais – metafísicos – do autor alemão<sup>36</sup>. Estas condições ideais de fala dizem respeito às condições subjetivas e objetivas mínimas capazes de levar à emancipada e crítica compreensão do mundo da vida e suas relações, viabilizadora de acordos mútuos possíveis; mesmo assim, *em face de um amplo consenso de fundo acerca de certezas concernentes ao mundo da vida, não é raro que mesmo garantias frágeis sirvam como base para uma aceitação capaz de criar obrigações relevantes para as conseqüências da ação*<sup>37</sup>. Vai mais longe ainda:

*Uma base autônoma na sociedade civil, independente da administração pública e do comércio privado por intermédio do mercado, é considerada uma pré-condição para a práxis da autodeterminação cívica. Essa base resguarda a comunicação política de ser engolida pelo aparato governamental ou assimilada pelas estruturas de mercado. Na*

<sup>35</sup> GROSSO, Enrico. **Cittadinanza e vita democratica dell'Unione tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa..** In LUCARELLI, Alberto (a cura di). Quaderni della Rassegna di Diritto Pubblico Europeo, vol. I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p.105.

<sup>36</sup> Como quer ZIZEK, Slavoy. **Enjoy Your Symptom**. London: Routledge, 1992. Na mesma direção que Zizek, vai MOUFFE, Chantal. **Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?** Op.cit., p.37, com seu modelo de Democracia Agonística, afirmando que: *the fact that there can never be total emancipation but only partial ones. This means that the democratic society cannot be conceived any more as a society that would have realized the dream of a perfect harmony or transparency. Its democratic character can only be given by the fact that no limited social actor can attribute to herself the representation of the totality and claim in that way to have the "mastery" of the foundation*. O problema é que, para evitar de maneira democrática a guerra antropofágica de todos os possuidores da verdade sobre o que é bom para todos, é preciso estratégias de entendimentos civilizatórios, por mais precários e contingenciais que sejam.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.346. Alexy concorda com esta posição habermasiana, pois já teve oportunidade de dizer que: *Mesmo no caso de um discurso ideal potencialmente infinito não pode ser excluída a possibilidade de efetivação de consenso; também no caso de um discurso ideal potencialmente infinito jamais se pode afirmar que um discurso já obtido é final ou definitivo*. ALEXY, Robert. **Probleme der Diskurstheorie**. Op.cit., p.86.

*concepção republicana, a esfera público-política adquire, juntamente com sua base na sociedade civil, uma importância estratégica.<sup>38</sup>*

Daí porque o caráter ideal da teoria do discurso conduz à necessidade de sua incorporação em uma teoria do Estado e do Direito, isto porque, *um sistema jurídico que pretenda dar resposta às necessidades de racionalidade prática somente pode começar a existir mediante uma ligação de elementos institucionais ou reais com elementos de tipo ideal e não institucionais*<sup>39</sup>. Para além disto, é preciso ter em conta – lembrando Kant – que em um discurso racional nem todos os sistemas jurídicos podem ser justificados, mas apenas os que cumprem as exigências elementares da racionalidade prática, dentre as quais ganha destaque a garantia dos direitos humanos fundamentais e a institucionalização dos procedimentos democráticos e do Estado de Direito. Assim, a teoria do discurso acaba por constituir a base da teoria democrática do Estado Constitucional.

Recentemente, em trabalho publicado nos Estados Unidos da América, Alexy tem ratificado suas posições mais antigas sobre os temas discutidos, sustentado, dentre outras coisas e no âmbito do direito constitucional, que há duas diferentes construções de direitos: a construção por regras e a construção por princípios, sendo que nenhuma delas cumpre, sozinha, à função absoluta e satisfativa de atender a complexidade dos temas que enfrentam, e tampouco representam idéias opostas entre si sobre todas as soluções oriundas da doutrina constitucional. E por que isto? Pelo fato de que questões condizentes a direitos constitucionais não pertencem simplesmente a uma área particular do direito, pois as respostas decorrentes delas têm consequências em toda a estrutura do sistema jurídico e mesmo social<sup>40</sup>.

A lógica que informa o raciocínio do autor aqui é a mesma exposta no clássico livro sobre Teoria dos Direitos Fundamentais<sup>41</sup>, ou seja, distinguindo entre regras e princípios jurídicos, tendo nos primeiros normas que requerem algo de forma definitiva

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. In HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p.277.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. Op. cit., p.11. Adverte o autor que: *A teoria discursiva do Direito conduz, como já explicado, para uma necessária institucionalização de um sistema jurídico. Isso implica autoridade do direito positivo. De acordo com os critérios da teoria do discurso, a institucionalização bem sucedida inclui os princípios do Estado democrático constitucional, entre outros, os da democracia, da separação dos poderes e da supremacia do Direito. O princípio da autoridade do direito positivo, estando apoiado por esses outros princípios, exige uma prioridade das razões institucionais frente às razões substanciais. No entanto, isso é apenas uma prioridade prima facie.*

<sup>40</sup> Estou falando do texto ALEXY, Robert. The Construction of Constitutional Rights. In **Law & Ethics of Human Rights**, Volume 4, Issue 1. Article 2. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010. Nas palavras do autor: *Questions pertaining to constitutional rights are not simply questions in a particular area of law. The answers given to such questions have consequences for the structure of the entire legal system. The spectrum extends from the third party or horizontal effect, that is, the bearing of constitutional rights on private law, right up to the relation between the legislature and the practice of constitutional review, behind which the tension between constitutional rights and democracy is found.* (p.03).

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.



(*definitive commands*), cuja forma de aplicação é o que chama de subsunção, entendida como: *If a rule is valid and applicable, it is definitively required that exactly what it demands be done. If this is done, the rule is complied with; if this is not done, the rule is not complied with*<sup>42</sup>.

Por outro lado, os princípios dizem com algo que devem ser realizados na máxima extensão possível, levando em conta as possibilidades fáticas e legais que estejam disponíveis (*given the factual and legal possibilities at hand*), daí porque se apresentam como mandados de otimização, ou seja, *they are characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible*<sup>43</sup>.

Esta forma subsuntiva de aplicação das regras (principalmente constitucionais), todavia, não se afigura tarefa fácil ou de apego irrestrito às dimensões gramaticais da lei escrita, eis que *Subsumption, here as elsewhere in the Law, can be rather difficult and may require intermediate steps as well as further arguments of different kinds in order to justify these intermediate steps*<sup>44</sup>. Ou seja, não raro a atribuição de sentido que se dá às normas em face do caso concreto pode gerar situações de não adequação ou pertinência, impossibilitando sua aplicação – por isto todos os casos são de complexa solução. Em suas próprias palavras: *A clareza de um caso, seja como for, não é algo tão simples assim. Quem afirma que uma decisão é clara, dá a entender que não há argumentos que dêem motivo a dúvidas sérias. No entanto, estes argumentos são sempre concebíveis*<sup>45</sup>.

Alexy insiste com a tese de que nestes cenários há que se ter formas controláveis e públicas de procedimentos decisoriais envolvendo a aplicação fundamentada do sistema normativo à solução de problemas intersubjetivos ou sociais judicializados. E que formas são estas? Uma delas é o chamado *balanceamento de normas*.

É o próprio autor que define o balanceamento como a terceira fase do teste de ponderação normativa que propõe à análise e decisão de casos judiciais: *It has already*

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **The Construction of Constitutional Rights**. Op.cit., p.04.

<sup>43</sup> Idem. Adverte ainda o autor que: *The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of another principle is balancing. Thus, balancing is the specific form of the application of principles.....The debate over the principles theory is, first of all, a debate over weighing or balancing—and, therefore, since balancing is the core of the proportionality test, a debate over proportionality analysis*. Tenho consciência dos problemas que tais premissas implicam à efetivação de direitos fundamentais, notadamente no âmbito dos prestacionais-sociais. Grifos meus. Já tratei disto em meu texto LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Mais tarde farei referência aqui também a este problema.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification. In **Ratio Juris**, vol. 37. New York: Hammel, 2010, p.30. Os exemplos que o autor dá para tal afirmação são fortes, ao dizer que: *Thus, it can be very doubtful whether a certain statement is an expression of one's opinion—protected by the freedom of speech, or whether a certain activity is an exercise of religion, or whether a certain valuable advantage counts as property—protected by the constitution*.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Op.cit., p.21.



been noted that balancing is the subject of the third sub-principle of the principle of proportionality. This is the principle of proportionality in the narrower sense, which concerns optimization relative to the legal possibilities at hand<sup>46</sup>, lembrando que o autor alemão compreende esta ponderação em três dimensões sucessivas e complementares, a saber: (a) *adequação* – ou sub-princípio da idoneidade –, estando a exigir que toda a restrição aos direitos (notadamente aos fundamentais) seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo, além do que os meios empregados deverem ser instrumentalmente adequados para alcançar o fim almejado; (b) *necessidade* (ou sub-princípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, do direito à menor desvantagem possível), no sentido de que dentre as várias medidas restritivas de direitos igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe que o legislador opte por aquela menos lesiva para os direitos envolvidos (certa proibição de excesso)<sup>47</sup>; (c) *proporcionalidade* em sentido estrito, no sentido de que uma restrição aos direitos é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção<sup>48</sup>.

Este balanceamento por certo que não é mecânico ou de sopesamento subjetivo de importância, validade ou vigência das normas do sistema jurídico, mas envolve juízos de valor na atribuição de sentido da norma ao caso concreto, a partir de parâmetros e diretrizes igualmente normativas, controladas e capazes de serem aferidas publicamente. Para além disto, como lembra Maniaci:

*La seconda tesi che sosterrò è che nella Teoria dei diritti fondamentali Alexy, sebbene in modo non sempre sufficientemente chiaro, elabora un modello del bilanciamento tra principi secondo il quale le regole che determinano la precedenza di un principio sull'altro non soltanto sono defettibili, vista l'impossibilità di determinare tutte le proprietà rilevanti, ma sono, e devono sempre interpretarsi, come regole che impongono una relazione di precedenza 'relativa' soltanto ad alcuni tra i casi (generici) in relazione ai quali i due principi possono confliggere, relazione di precedenza che non è necessariamente valida per altri casi.<sup>49</sup>*

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. **The Construction of Constitutional Rights**. Op. cit., p. 09.

<sup>47</sup> É interessante como Alexy associa este sub-princípio à lógica do Ótimo de Pareto: *the subject of the first two sub-principles, the sub-principle of suitability and necessity, is optimization relative to the factual possibilities. In this respect, they are concerned with the question of whether the factual possibilities allow for the avoidance of costs to constitutional rights without bringing about costs contrary to the aims of the legislator. The issue, in other words, is Pareto-optimality*. Op.cit., p.10.

<sup>48</sup> *The basic idea of optimization relative to the legal possibilities at hand can be expressed by a rule that might be called the "Law of Balancing."* A statement of this rule runs as follows: *"The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other"*. Idem, p.11. Ver também ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 2000, p.112.

<sup>49</sup> MANIACI, Giorgio. **Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy**. Op.cit., p.03. Ainda lembra o autor que: *In termini guastiniani la regola che determina la precedenza di un principio sull'altro sarebbe una 'gerarchia*

No campo específico das regras jurídicas constitucionais, por exemplo, tem-se algumas particularidades que Alexy no texto refere, envolvendo o que chama do fenômeno da Reserva Legal dos sistemas normativos (*statutory reservation*), *when a constitutional rights provision guarantees, in a first step, constitutional rights such as the right to life and to bodily integrity, and, in a second step, then empowers the legislature by means of a clause such as [t]hese rights can only be interfered with on a statutory basis*<sup>50</sup>.

No caso da Constituição Brasileira de 1988 têm-se algumas situações em que a própria Carta Política estabelece direitos fundamentais e os restringe ao mesmo tempo, *ex vi* o disposto no art.5º, XVI, ao garantir o direito de reunião, e estabelecendo regras para tanto, cotejado com o disposto no art.136, §1º, I, a (Estado de Defesa), e art.139, IV (Estado de Sítio, em que poderá haver restrições a este direito de reunião).

O sistema jurídico precisa conviver com esta instabilidade material que a reserva legal cria, mesmo que aparentemente paradoxal em face das expectativas que se tenham gerado pela aparência de segurança e confiabilidade que ele igualmente deve garantir. O problema por vezes é como lidar com isto, pois, a meu juízo, não é uma ferramenta como a do círculo hermenêutico (Gadamer e alguns de seus sedizentes seguidores), como tal, que vai ajudar muito, pelo simples fato de que ela não diz nada sobre os critérios de afirmação ou rejeição da hipótese de interpretação/aplicação que se poderia usar nestes casos. *Essa pergunta só pode ser decidida com base em argumentos. Isso já demonstra que a teoria do círculo hermenêutico não pode substituir uma teoria da argumentação jurídica*<sup>51</sup>. Vai mais longe o autor, e com ele concordo:

*Por um lado, para compreender uma norma, é necessário compreender o sistema de normas ao qual ela pertence; de outra sorte, não é possível compreender um sistema de normas sem compreender as normas específicas pelas quais o sistema é constituído. Novamente, encontramos, aqui, apenas a formulação de um problema, mas nenhum critério é oferecido para sua solução. O problema reside na criação de unidade ou de coerência. Essa é a tarefa da argumentação sistêmica.*<sup>52</sup>

*assiologica mobile*'.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **The Construction of Constitutional Rights**. Op.cit., p.05.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **A argumentação jurídica como discurso racional**. Op.cit., p.04. Já referi anteriormente, com Habermas, que o pensamento crítico dialético capta a necessidade da reflexão que a hermenêutica filosófica gadameriana não leva até as últimas consequências, reconhecendo a importância da tradição e da autoridade, porém, problematizando-as a partir do enfrentamento dos seus postulados instituídos, para superá-los no movimento dialético das interlocuções tensas e conflitantes que a comunicação (o mais possível e criticamente – princípio regulativo) não coadada possa desenvolver.

<sup>52</sup> Idem. Aduz em seguida Alexy que: *A justeza de uma interpretação só pode ser provada quando forem determinadas as razões em seu favor e rejeitados os motivos que a ela se opõem. Portanto, a frase "interpretação é argumentação" torna-se verdade.*(p.05). É interessante que este debate inclusive se estende para o significado mesmo de norma jurídica, lembrando aqui GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p.32: *Si è assunta dunque piena consapevolezza della distinzione concettuale tra la "disposizione", intesa come il testo scritto della legge e la "norma", come significato che, attraverso l'interpretazione, viene attribuito*

As situações que envolvem, por exemplo, a garantia da liberdade religiosa e de crença (art.5º, VI, CF) e os efeitos práticos em decorrência de tal direito fundamental, podem apresentar situações em que o balanceamento das possibilidades de sua interpretação/aplicação necessite de cotejamento com outros direitos fundamentais eventualmente em jogo. Estou falando, por exemplo, da possibilidade de pessoas cujas crenças religiosas não lhes permitam desenvolverem certas atividades em determinados dias desejarem ter calendário alternativo à realização de concurso público. Neste ponto já teve oportunidade de dizer o Supremo Tribunal Federal que:

*EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido.<sup>53</sup>*

Ainda diz o Ministro Relator que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade diante do fenômeno religioso, revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, todavia, *o dever de neutralidade por parte do Estado não se confunde com a idéia de indiferença estatal, devendo o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé*<sup>54</sup>.

Agora me pergunto, como se daria a discussão envolvendo o direito à crença religiosa – e, portanto, os hábitos e comportamentos decorrentes dela –, em face da necessidade de transplante de sangue, sob risco de vida, a pessoa cuja profissão religiosa o proíba? Aqui Alexy aponta a metodologia do balanceamento como eficiente à decisão judicial: *If, however, the rights to freedom, life, and bodily integrity of those concerned*

---

*al testo. La norma cioè non è data dal legislatore, né trovata dall'interprete, ma costantemente ricreata nel momento applicativo.*

<sup>53</sup> Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº389, Minas Gerais, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Julgamento: 03/12/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>54</sup> *Idem*, p.10.

*are employed as reasons for imposing limitations, one inevitably confronts the need to balance. In this way, the postulate of systematic interpretation warrants, indeed, requires that one move beyond the scope of the rule model*<sup>55</sup>.

Ato continuo, é interessante verificar como o autor apresenta as objeções que são apresentadas à sua teoria do balanceamento de normas e interesses, a saber:

(1) Objeções Teorético-Normativas, questionando se existem efetivamente normas no sistema jurídico que tenham esta concepção principiológica e regratória dada por Alexy, entendendo ser frágil e equivocada a distinção entre elas<sup>56</sup>.

(2) Objeções Teorético-Argumentativas, estabelecendo uma crítica no plano da baixa racionalidade epistemológica que esta metodologia apresenta, notadamente em face da fragilização de direitos fundamentais<sup>57</sup>.

(3) Objeções Doutrinárias, que questionam se a teoria dos princípios em que está fundada a metodologia do balanceamento não estaria, em verdade, enfraquecendo todo o sistema normativo, uma vez que estabelece hierarquias e pesos distintos a normas jurídicas de mesmo rango<sup>58</sup>.

(4) Objeções Institucionais, no sentido de que o reconhecimento de excessiva força aos princípios constitucionais poderia criar uma espécie de sobre-constitucionalização do sistema jurídico, acessível somente a poucos iniciados, substituindo com isto o modelo de Estado Parlamentar Legislativo por uma espécie de Estado Constitucional Adjudicativo<sup>59</sup>.

(5) Objeções Teorético-Interpretativas, que questionam se e como a construção constitucional principiológica pode estabelecer, de forma universal, interpretações corretas do catálogo de direitos constitucionais estabelecido enquanto direito positivo<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **The Construction of Constitutional Rights**. Op.cit., p.06.

<sup>56</sup> Cita o autor aqui como referência os textos de POSCHER, Ralf. **Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnisse der Prinzipientheorie**. In Die Prinzipientheorie der Grundrechte: studien zur grundrechtstheorie Robert Alexys. 59, 65, 70 (Jan-R. Sieckmann ed., 2007); e o de KLEMENT, Jan Henrik. **Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt**, 63. Juristenzeitung 756, 760 (2008).

<sup>57</sup> Neste passo o autor aponta os textos de HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. William Rehg trans., Polity Press, 1996; e SCHLINK, Bernhard. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, in Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht 445, 460 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001).

<sup>58</sup> Cita aqui o autor o mesmo texto de HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Op.cit., dizendo que: *See HABERMAS, supra note 12, at 258-59 (maintaining that conceptions of rights as principles might result in the collapse of rights that are properly understood, i.e., rights act as a "fire wall.")*.

<sup>59</sup> Refere o autor aqui o texto de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Staat, Verfassung, Demokratie** 190 (1991).

<sup>60</sup> Cita o autor aqui o trabalho de JESTAEDT, Matthias. **Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen**. In Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee 253, 260, 262-63, 275 (Otto Depenheuer, Markus Heintzen, Matthias Jestaedt, & Peter Axer eds., 2007).

(6) Objeções Teorético-Validativas, no sentido de que esta teoria dos princípios estaria por arriscar o status de superioridade da Constituição e a sujeição a ela dos Poderes Estatais instituídos, colapsando a estrutura hierárquica do sistema jurídico<sup>61</sup>.

(7) Objeções Teorético-Científicas, sustentando que a teoria dos princípios faz declarações cujas razões de fundamentação e justificação são demasiadamente abstratas, servindo minimamente para explicar decisões tomadas, mas sem estabelecer diretrizes para tomada de decisões no futuro<sup>62</sup>.

De todas estas considerações, Alexy destaca as objeções teórico-argumentativas, eis que seu fundamento se centra na idéia de que se o balanceamento de normas em face dos interesses envolvidos é naturalmente irracional – porque refoge da lógica do sistema normativo –, efetivamente dever-se-ia rejeitá-lo, todavia isto não é assim, porque se esta metodologia se apresenta como irracional, não faria sentido usá-la como critério de admissibilidade dos limites dos direitos constitucionais. Habermas e Schlink é que têm insistido com esta tese, sob o argumento, o primeiro, de que se afigura demasiadamente irracional a pretensão ponderativa/balanceamento de Alexy, por falta de controle dos critérios desta ação, ensejando a possibilidade de arbitrários costumes não refletidos na aplicação do chamado teste da proporcionalidade; o segundo, sob o argumento de que isto geraria arbitrários subjetivismos<sup>63</sup>.

Alexy responde a estas assertivas de Habermas e Schlink, sustentando que a lei do balanceamento (referida mais acima) mostra que pode não funcionar em três situações: (a) quando se afiguram níveis de não satisfação, ou de detrimento, dos princípios jurídicos envolvidos; (b) quando igualmente não se operam a tensão entre princípios jurídicos; (c) quando não se afigura importante a solução da tensão entre princípios. Conclui o autor: *If it were not possible to make rational judgments about, first, intensity of interference, second, degrees of importance, and, third, their relationship to each other, the objections raised by Habermas and Schlink would be justified*<sup>64</sup>.

A idéia de fundo que está aqui é a de que se afigura mais do que possível, mas recomendado, no âmbito da ponderação e do balanceamento de normas em face do caso concreto, elaborar certa **ordem hierárquica conjuntural** entre os princípios que se encontram em tensão na casuística, tutelando assim um valor importante ao sistema jurídico que é a certeza do direito, entretanto, ele não é o único que demanda

<sup>61</sup> Estes seriam argumentos também utilizados por Matthias Jestaedt e Jan Henrik Klement, anteriormente citados.

<sup>62</sup> Cita o autor aqui o texto de Ralf Poscher, referido anteriormente.

<sup>63</sup> Alexy está fazendo referência aqui ao trabalho de HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Op.cit., e de SCHLINK, Bernhard. **Freiheit durch Eingriffsabwehr—Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion**,<sup>11</sup> EUROPÄISCHE GRUNDRECHTE-ZEITSCHRIFT (EUGRZ) 457, 462 (1984): *In the test of proportionality in the narrower sense, it is only the subjectivity of the tester that can, in the end, be effective ... The operations of evaluation and balancing required by the proportionality test in the narrower sense can be achieved ... in the end, only in a decisionistic manner.*

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. **The Construction of Constitutional Rights**. Op.cit., p.10.

realização, pois ao seu lado está o valor de caráter pragmático relativo à eficiência social da prestação jurídica, igualmente importante e cuja realização pode eventualmente mitigar a realização do ideal de completude do ordenamento jurídico.

A questão, pois, que se coloca, é se esta metodologia de abordagem da norma jurídica, em face dos casos concretos e dos procedimentos que se fomentam à decisão judicial, apresentam ou não níveis de racionalidade pública e controláveis pela via da argumentação/comunicação jurídica.

Alexy responde positivamente, dando um exemplo ocorrido na Corte Constitucional Alemã – e que serve para o Brasil-, quando tratou do tema envolvendo a obrigatoriedade das indústrias produtoras de tabaco colocarem em seus produtos fumíferos advertências sobre os riscos à saúde que estes representam. Concluiu Alexy que tal obrigação poderia ser aferida em face da ponderação de interesses existentes na espécie, utilizando a lei do balanceamento, chegando à conclusão de que, primeiro, não haveria qualquer conflito intransponível entre a regulação estatal no âmbito da produção e venda daqueles produtos e a liberdade de profissão, atividade industrial ou comercial; segundo, sequer existiria excessiva intervenção pública na ordem econômica, haja vista a proteção de um bem jurídico – vida/saúde – que tem maior peso e importância do que outro bem jurídico tutelado pela mesma Constituição, que é a liberdade de produção e comércio de bens lícitos.

Veja-se que, no Brasil, esta situação está muito bem retratada pelos termos da Lei nº9.294/1996, que versa sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º, do art. 220, da Constituição Federal.

A referida lei federal, em seu art.2º já provocou sério impacto na indústria do fumo e mesmo dos fumantes, uma vez que vedou o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente<sup>65</sup>.

A partir do cotejamento desta legislação têm surgido algumas teses no país sobre um possível direito fundamental de (não) fumar, manifestado no âmbito das liberdades reais, autorizando o Estado a intervir no domínio econômico para restringir os efeitos da publicidade de produtos com tais características sobre os potenciais consumidores.<sup>66</sup>

De outro lado, a indústria do fumo tem sustentado que o ato de fumar representa um mero hábito e, como tal, advém incondicionalmente de uma opção aberta do

<sup>65</sup> Estendendo tal vedação, a recintos tais como: repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema, aeronaves e veículos de transporte coletivo.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito de (não) fumar**: uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108.

próprio fumante, caracterizando-se como ação voluntária. Em face disto, os potenciais e mesmo reais efeitos acarretados àqueles que assim decidiram fumar, jamais poderiam ser impingidos às fornecedoras de cigarros, mas exclusivamente ao próprio consumidor de tabaco, eis que, se ele é vítima de enfermidades oriundas do consumo de fumígenos, tal responsabilidade lhe cabe exclusivamente<sup>67</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgando esta matéria, chegou a afirmar que antes da Constituição Federal de 1988, não havia norma legal sobre o fumo, tema encartado no seu art.220, da nova carta política, remetendo a regulamentação para lei ordinária, que só veio a lume em 1996 (Lei nº9.294). De outro lado, sustentou esta Corte que de longa data são conhecidos os efeitos negativos do hábito de fumar, socialmente aceito e incentivado. De qualquer sorte, a partir destes novos cenários, os fabricantes passaram a divulgar alertas destacando os perigos à saúde, e a propaganda negativa se tornou mais intensa a partir das regras genéricas do código de defesa do consumidor, intensificando-se após a lei específica.

Aduziu o Acórdão que *a industrialização, comercialização e propaganda do tabaco são atividades lícitas e regulamentadas, enquanto que fumar, e manter-se fumante, é escolha pessoal, correndo o interessado os riscos, posto que insistentemente alertado por frenética e permanente campanha contrária*. Com base nestes fundamentos, entendeu por bem aquele Tribunal conhecer da culpa exclusiva do consumidor tabagista pelos eventuais malefícios experimentados, tendo, no caso, incorrido a comprovação efetiva do nexo causal, assim como de utilização exclusiva dos produtos da fabricante do cigarro<sup>68</sup>.

Conforme Delfino, o livre arbítrio dos consumidores de tabaco nunca esteve de posse do uso razoável de informações e discernimento suficiente sobre todas as variáveis que envolvem a presença do tabaco no organismo humano, exatamente porque as indústrias do ramo sempre ousaram em apologias cinematográficas sobre seus produtos, vinculando-os a situações alheias as suas verdadeiras características. Em outras palavras, o cigarro era ligado ao bem-estar, ao sucesso profissional, à saúde, à sexualidade, à sensualidade, ao prazer, ao requinte, aos esportes, etc., contratando a indústria do tabaco atores e diretores de cinema para que os seus produtos fossem

<sup>67</sup> Ver a decisão da 5ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível n.º 70017634486, tendo por relator o Desembargador Paulo Sérgio Scarparo, em que esta matéria é amplamente discutida. Mas há posições na casuística dando apoio a tese das indústrias do tabaco: *Improcedente a ação de indenização movida por doente de câncer na laringe contra fabricante de cigarros, se o nexo causal entre a doença e o tabagismo, apesar do truismo de que o cigarro provoca tumores malignos, não resta demonstrado, e inexistente prova do consumo exclusivo dos produtos da fabricante. Ressalta-se ainda que o tabagismo não foi imposto ao autor, que aderiu espontaneamente ao vício, não cabendo a alegação de que as advertências quanto aos seus malefícios somente passaram a ser feitas recentemente, porquanto os prejuízos que o cigarro pode causar são sensitivos, quando não intuitivos*. TJSP – 4ª C. Dir. Privado – Ap. 110.454-4/3-00 – Rel. Narciso Orlandi – j. 22.02.2001 – RT 789/220.

<sup>68</sup> Acórdão nº 2005.001.40350 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Mário dos Santos Paulo – DJRJ 20.07.2006.



retratados, sempre de forma positiva; financiou esportistas para se deixarem mostrar usando tabaco, com a intenção de garantir imagem socialmente aceitável sobre tais hábitos; contratou cientistas e empresas de relações públicas para combater pesquisas que vinculavam o tabagismo a diversas doenças<sup>69</sup>.

Rosemberg demonstra em pesquisas sobre a matéria que uma vez instalada a dependência do tabaco, e faltando o aporte de nicotina nos centros nervosos, surgem quadros clínicos de sintomas desagradáveis, denominado “síndrome de abstinência” -, caracterizado por um forte desejo de fumar, ansiedade, inquietação, irritabilidade, distúrbios do sono, dificuldade de concentração, além de outros sintomas, variando tudo isto em face do grau da dependência<sup>70</sup>.

Por parte da doutrina especializada, há quem defenda que para responsabilizar pelos males do fumo ter-se-ia também que fazer o mesmo com relação às bebidas alcoólicas, os dietéticos, os adoçantes, os produtos alimentícios transgênicos, os defensivos para lavoura (defensivos agrícolas) que contaminam os alimentos, todos com suspeita fundada de ter atributos cancerígenos se ingeridos durante largo tempo e, inclusive, alguns medicamentos<sup>71</sup>.

A matéria é tão polêmica e diversificada em termos de entendimento, que há notícias que nos Estados Unidos da América as primeiras demandas contra as indústrias de cigarros surgiram em 1954, sendo que até o ano de 1992 foram abertos 813 processos contra essas empresas; dos 23 que chegaram a julgamento, só dois deles foram favoráveis, em primeira instância, aos fumantes e, ainda assim, acabaram reformados nos Tribunais Superiores<sup>72</sup>.

Em pesquisa feita por Gabriela Invernizzi, no Brasil foram ajuizadas, até 2007, 508 ações indenizatórias dessa natureza contra a empresa Souza Cruz. Nessas ações, foram proferidas 298 decisões rejeitando os pedidos de indenização, havendo 12 decisões pendentes de recurso, em que os fumantes ou suas famílias saíram

<sup>69</sup> DELFINO, Lúcio. **Jurisprudência e o fumo**: Uma guinada em prol dos interesses do fumante. In <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=29646>, acessado em 12/02/2009. Alerta o autor para o fato de que, além de todas as variáveis referidas, a liberdade de opção do fumante também resta prejudicada depois que ele se torna dependente, sendo que a medicina concebe o tabagismo como sendo uma doença-crônica, e a própria Organização Mundial de Saúde, desde 1992, cataloga o tabagismo na Classificação Internacional de Doenças - Capítulo F12.2, síndrome da tabaco-dependência. Por sua vez, a Associação Americana de Psiquiatria vê a nicotino-dependência como uma desordem mental pelo uso de substância psicoativa.

<sup>70</sup> ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003, p.28. A revista Veja publicou pesquisa dando conta de que, no Brasil, a dependência do tabaco está associada a 90% dos casos de câncer de pulmão, 85% dos óbitos por enfisema pulmonar, 40% dos derrames cerebrais e 25% dos infartos fatais. Reportagem de Karina Pastore e Anna Paula Buchalla. A Marca da morte nos cigarros. **Revista VEJA**, Edição nº1.735 (2002). Disponível no site <http://www.veja.com.br/>.

<sup>71</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.793.

<sup>72</sup> Matéria publicada intitulada *O Cigarro*, no **Publifolha**, São Paulo, 2001, p. 59.



vitoriosos. As 199 decisões definitivas já proferidas pelo Judiciário afastaram as pretensões indenizatórias<sup>73</sup>.

Em termos normativos, a publicidade de tabaco, embora materialmente esteja na mesma posição da de bebidas, goza de certa proteção constitucional. Pode ser limitada - mesmo em profundidade, com vedação de utilização de certos veículos, como a televisão, por exemplo - mas não totalmente proibida, ex vi, o já referido art. 220, § 4º, da Constituição Federal.

O mesmo entendimento se extrai da regulamentação trazida pela Lei nº 9.294/96, em especial no seu art. 3º, e § 1º, quando assevera que a propaganda comercial dos produtos tabagistas (dentre outros sobre os quais a lei versa) só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda (redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000), observados os seguintes princípios: (a) não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas; (b) não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar; (c) não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes; (d) não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais (redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000); (e) não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo; (f) não incluir a participação de crianças ou adolescentes (redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000).

Veja-se que o universo de possibilidades de controles de caráter subjetivo que se criou para coibir a violação dos ditames legais atinentes à publicidade e propaganda do tabaco, estará submetido à hermenêutica e aplicação judicial - dentre outros, exigindo do Judiciário a ponderação de todos os interesses envolvidos na espécie, sob pena de inviabilizar de vez este segmento de mercado, que emprega milhares de trabalhadores brasileiros e é responsável por uma fatia importante de circulação da riqueza.

Isto se revela tão importante porque a Lei sob comento ainda agudizou mais esta atividade produtiva, ao determinar, em seu art. 3º-A, que é vedado, no que tange aos produtos fumígenos (dentre outros): (a) a venda por via postal; (b) a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde; (c) a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet; (d) a realização de visita promocional ou distribuição gratuita em estabelecimento de ensino ou local público; (e) o patrocínio de atividade cultural ou esportiva; (f) a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar; (g) a propaganda indireta contratada, também denominada *merchandising*, nos programas produzidos

<sup>73</sup> INVERNIZZI, Gabriela. *Substância nociva - Souza Cruz é condenada a indenizar família de fumante*. **Revista Consultor Jurídico**, 2007. In <http://www.conjur.com.br/>.

no país após a publicação desta Lei, em qualquer horário; (h) a comercialização em estabelecimento de ensino, em estabelecimento de saúde e em órgãos ou entidades da Administração Pública; (i) a venda a menores de dezoito anos<sup>74</sup>.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se ver, a partir destes casos, que o problema da definição de qual norma tem mais peso não reclama uma resposta universal fechada, mas envolve sempre conjunções pragmáticas especiais. Como adverte Schauer:

*But because not all legal principles have the same weight, and because the weights that principles do have are typically specified either vaguely or not at all, and finally because the prescriptions of multiple principles can collide in the circumstances of particular application, there remains the important question of how to determine which principle shall prevail in such cases of conflicting principles.*<sup>75</sup>

O trabalho de Alexy mostra com evidência incisiva que a estrutura do argumento da proporcionalidade faz com que seja menor a instabilidade dos sentidos aplicativos das normas do que um balanceamento aberto por parte dos decisores, no qual estes estão liberados não somente para decidir sobre quais os fatores são relevantes no processo de tomada de decisão, mas também e fundamentalmente sobre qual o peso que cada um destes fatores deve ter.

É claro que Alexy sabe que a chamada escala triádica (*triadic scale*) de interferência da decisão judicial no âmbito das relações sociais – fraca, moderada e séria (*light, moderate, and serious*)<sup>76</sup> – não é suficiente para dar conta da complexidade que sempre representa o processo de interpretação/aplicação de sistemas normativos, em especial

<sup>74</sup> Veja-se que o art.9º, da Lei, determina a aplicação ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: I - advertência; II - suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias; III - obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé; IV - apreensão do produto; V – multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator; VI – suspensão da programação da emissora de rádio e televisão, pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com esta Lei, observando-se o mesmo horário; VII – no caso de violação do disposto no inciso IX do artigo 3ºA, as sanções previstas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo do disposto no art. 243 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. § 1º As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidades do infrator. § 2º Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada.

<sup>75</sup> SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In **Law & Ethics of Human Rights Review**, vol. 4, Issue 1. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010, p.04, in <http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art3>, acessado em 09/12/2010. Ou seja: *A crucial issue for legal decisionmaking is thus the determination of which of two (or more) discordant principles should be deemed to have the greater weight in a particular situation in which multiple principles are each applicable to the same decision.*

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. **The Construction of Constitutional Rights**. Op.cit., p.12.

quando se tem de atribuir pesos distintos a normas da mesma estatura constitucional, mas tão somente que é possível usá-la como inferência sistêmica implícita no balanceamento destas normas, a qual, por sua vez, está intrinsecamente conectada com o conceito de correção.

No caso da subsunção de regras jurídicas, explica o autor que aquela inferência sistêmica pode ser expressa pelo esquema dedutivo, chamado justificação interna, construída com o auxílio de proposições, predicados e lógica deôntica integrada no âmbito da Teoria do Discurso Legal e representada pela seguinte fórmula:  $W_{ij} = li/lj$ .

Nesta fórmula, o  $W_{ij}$ , significa o peso (W) da intensidade da interferência demandada pelas circunstâncias dos direitos aplicados ao caso concreto (i), em face do peso da importância concreta de satisfação dos direitos envolvidos neste caso. Tal medida se consegue através da equação entre a adequação, necessidade e proporcionalidade da infração a determinado princípio (li) e outro que se lhe opõe, no caso concreto (lj). É óbvio, adverte o autor, que: *Balancing would be possible once one had a scale with two values, say, light and serious. Balancing is impossible only if everything has the same value*<sup>77</sup>.

O que se tem de ter em mente, a partir do referido, é que, por mais que a norma constitucional estabeleça catálogos de direitos e garantias constitucionais referidas como auto-aplicáveis, e disto não se tem dúvidas, o fenômeno de efetivação concretizante destes sempre contará com graus/medidas passíveis de mensuração, e estas, definitivamente, não estão dadas pela Carta Política, demandando do intérprete/aplicador atribuição de sentido racional e material às suas reivindicações, caso por caso (que inclusive pode tratar de interesse, coletivo, difuso ou individual homogêneo), levando em conta o universo de variáveis que convergem a ele, daí porque Schauer insistir na tese de que:

*When critics like Habermas accuse the balancing process of being irrational, however, it appears that what they mean is "unconstrained." It is not as if we normally think of other open-ended decision-making approaches as irrational just because they involve some likelihood of variability. A pure but sophisticated act utilitarianism, for example, may impose too many demands on decision-makers, and may involve widely divergent evaluations of the relative utilities involved, but it is hard to see it as irrational.*<sup>78</sup>

De qualquer sorte, sempre, *The rationality of an inferential structure essentially depends on the question of whether it connects premises that, again, can be justified*. Mas justificadas estas premissas a partir de que razões e fundamentos válidos? É Alexy que

<sup>77</sup> Idem. Para além disto, adverte Alexy que: *the justifiability of statements about intensities is a condition of the rationality of balancing. This implies that graduation in the province of constitutional rights can work only with relatively crude scales*. Idem, p.13.

<sup>78</sup> SCHAUER, Frederick. **Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text**. Op.cit., p.07.

responde: *The commensurability of the assessments on both sides of the balance is granted if the discourse is conducted on the basis of a common point of view: the point of view of the constitution*<sup>79</sup>.

Desta forma, uma teoria do discurso jurídico que tem a intenção de satisfazer a pretensão à legitimidade da ordem jurídica, há de dar uma resposta à questão acerca de como decisões jurídicas sucedem vinculadas a decisões institucionais precedentes e como podem ser fundamentadas racionalmente<sup>80</sup>.

Fala Alexy, por certo, da vinculação que decisões jurídicas devem ter com outras – institucionais/parlamentares/constitucionais – que servem de demarcação originária à legitimação democrática da ação judicial<sup>81</sup>. A necessária fundamentação que se exige pela via do discurso jurídico igualmente está demarcada pelos significados e sentidos encetados pelo sistema normativo vigente, que a despeito de em constante mutação, conta com referências, procedimentos e instâncias deliberativas regulares que precisam ser observadas sob pena de dar-se vez a imposições autoritárias, veiculadas pela assertiva de que *La norma è dunque la volontà della legge come pensata da colui che in concreto decide, influenzato dal contesto sociale e giuridico in cui si trova ad operare*<sup>82</sup>.

E isto ocorre por uma razão muito simples, a saber, pelo fato de que uma *teoria coerencial do direito não pode resolver sozinha o problema da aplicação racional do direito*. Assim como regras não podem se aplicar a elas mesmas, um sistema não pode produzir ele próprio a resposta correta. Para tanto, são necessários pessoas e procedimentos<sup>83</sup>. Todavia, estas pessoas e procedimentos precisam, por sua vez, estar ancorados em

<sup>79</sup> E neste ponto Alexy é muito claro, pois aduz que: *Calculable measurements by way of a continuum of points between 0 and 1 cannot have any application*. *Idem*, p.14. Vai na mesma direção o questionamento de TARELLO, Giovanni. *Interpretazione della legge*. Roma: Giuffrè, 2010, p.61: *La questione è dunque comprendere se il ragionamento dell'interprete sia razionale o se piuttosto si determini secondo scelte legate all'opportunità del caso. La sentenza esprime una scelta politica del giudice? La decisione dipende da un sistema di norme predefinito o è soluzione di giustizia individuata in base ai pregiudizi dei soggetti chiamati a decidere?*

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In FRANKENBERG, Günter & MOREIRA, Luiz. *Jürgen Habermas: 80 anos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.121.

<sup>81</sup> Esta preocupação é também institucionalista (além de procedimental), na medida em que reconhece a outros espaços institucionais iguais competências à deliberação pública sobre aspectos normativos da sociedade civil. Lembro-me das reflexões de GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996, ao sustentar que o Judiciário não tem supremacia exclusiva no processo de interpretação constitucional, uma vez que todos os órgãos constitucionais são responsáveis pela efetivação e interpretação do sistema jurídico (notadamente o constitucional).

<sup>82</sup> ANDRONICO, Alberto. Ermeneutica e diritto da Wilhelm Dilthey ed Emilio Betti. In **Spicchi di Novecento, a cura di Bruno Montanari**. Roma: Giappichelli, 2008, p.49. Refere ainda o autor: *Posto dunque che il ragionamento che viene seguito per l'applicazione del diritto non è riconducibile alla sola logica formale, ma è scelta da parte del giudice di una tra le varie soluzioni possibili, posto ancora che il diritto non è l'insieme delle norme date dal sovrano, né l'insieme delle decisioni dei tribunali, ma ordine normativo sempre nell'atto di positivizzarsi, la questione che si pone è quella di individuare il reale fondamento della decisione del giudice*.

<sup>83</sup> *Idem*.

sistemas normativos que possuem caráter fundamentalmente deontológico, regulando o contexto vital dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta.

Daí a conclusão de Alexy – diferente de Habermas<sup>84</sup> –, no sentido de que este caráter deontológico do sistema normativo (princípios e regras jurídicas) não implica *absolutos*, podendo ser compreendido como constituído, dentre outras coisas, por *mandados de otimização*<sup>85</sup>, utilizando na ponderação e balanceamento dos princípios em face de casos concretos relações de precedência condicionada que vão indicar as condições na presença das quais um princípio prevalecerá sobre o outro, ou seja, *le condizioni in presenza delle quali un principio precede l'altro costituiscono il presupposto di fatto di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente*<sup>86</sup>.

Isto também se aplica às regras do discurso jurídico, eis que algumas delas podem apenas ser ou não cumpridas; em outras, ao contrário, devido a seu caráter ideal, só é possível um cumprimento aproximativo. Nestas o cumprimento é uma questão de grau. Assim, surge o problema da relatividade quanto ao *grau de cumprimento*<sup>87</sup>. Neste sentido é a correta advertência de Schauer:

*In making his argument, Alexy maintains, correctly, that both proportionality and balancing arguments have premises, and he maintains as well that in order to identify the premises "all kinds of arguments admissible in legal discourse may be adduced." He thus structures his argument around the claim that once we have identified legally admissible premises, the argumentative forms of balancing and subsumption share more in common than is commonly supposed, especially by balancing's most strident opponents. But in structuring his argument in this way, Alexy at the very least allows and may even*

<sup>84</sup> Habermas entende, aqui, que conceber os princípios informativos do sistema normativo como mandados de otimização permitiria análises envolvendo custos e vantagens, e isto, sob o prisma normativo, levaria a uma restringibilidade dos bens que protege em face de outros bens, mesmo que coletivos. Em outras palavras: *Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores*. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. Op. cit., p.323.

<sup>85</sup> Habermas é explícito ao defender que: *Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela "ponderação de bens" nas demais doutrinas metodológicas –, porque isso suprimiria seu sentido de validade deontológica*. Idem, p.258. Argúi o autor que: *No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade, sem explicar pragmaticamente, no entanto, o que entende por ordem transitiva, até porque, no ponto, parece concordar com Dworkin em relação à tese de que: no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo "tudo ou nada". É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente do outro, conforme o caso a ser decidido*. (p.259).

<sup>86</sup> CELANO, Bernardo. **Dialettica della giustificazione pratica**. Torino: Giappichelli, 2008, p.51.

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. **Probleme der Diskurstheorie**. Op.cit., p.91. Lembro que, ao lado destas questões, há ainda o que Alexy chama de *condições limitadoras do discurso jurídico*, a saber: (a) o seu caráter de ligação intrínseca à lei; (b) o vínculo que estabelece com os precedentes judiciais (em especial no sistema comunitário); (c) a relação que mantém com a dogmática jurídica (mais crítica ou conformativa); (d) sua sujeição às limitações impostas pelas regras processuais. In ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Op. cit., p.27.

*encourage the belief that the legally admissible premises of a subsumption argument are similar to the legally admissible premises of a balancing argument. It is this claim of similarity, this quasi-conflation of the two forms of argument that may well ignore a central feature of law itself— its pervasive even if not necessary textuality, and the pervasive formality of law that is the handmaiden of its textuality.*<sup>88</sup>

O autor alemão está discutindo, no ponto, a importância do conceito de adequação da interpretação/aplicação do sistema jurídico, outorgando a esta idéia função regulativa de tais ações, razão pela qual não pressuporia a decisão judicial, sempre, a existência de uma resposta adequada para cada questão prática, bastando apenas encontrá-la, mas ao contrário, tal desiderato assume o caráter de um objetivo a ser almejado, em que os participantes de um discurso prático, independentemente da questão de se existe uma única resposta adequada, têm de defender a pretensão de que sua resposta é a única adequada, se querem que suas afirmações e fundamentações façam sentido<sup>89</sup>.

O problema é que esta pretensão dos participantes, por sua vez, não nasce do nada, haja vista que todo discurso tem de ter um ponto de partida, e este ponto de partida está nas convicções normativas existentes dos participantes. Por isto,

*O procedimento do discurso nada mais é do que um processo de investigação dessas convicções. Aí, toda convicção normativamente relevante é candidata a uma modificação baseada em argumentação racional. Nesta restrição à estruturação racional da argumentação está uma vantagem importante da teoria do discurso. Uma teoria que tente determinar o processo de argumentação ou de decisão, não apenas através de sua estruturação racional, mas, digamos, através da prescrição de determinados conteúdos como premissas de partida, tem de se haver não somente com objeções às premissas de partida escolhidas pelos teóricos individualmente — e é geralmente mais difícil responder a essas do que às objeções às regras basicamente formais do discurso - mas, sobretudo com a objeção fundamental de que, dessa maneira, o teórico pisa um terreno que deveria ser deixado aos participantes, principalmente porque o papel destes permanece a qualquer tempo aberto para o teórico. E isto ocorre justamente porque as*

<sup>88</sup> SCHAUER, Frederick. **Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text.** Op.cit., p. 09.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Op. cit., p.90. Nas palavras do autor: *A suposição da existência de uma única resposta adequada para cada questão prática coloca uma tese ontológica que não é apenas difícil de fundamentar como também não é muito plausível. Ainda que não exclusivamente, as respostas às questões práticas também se baseiam essencialmente em interpretações e avaliações de interesses. Não se pode supor, com base nisso, que sempre só é possível exatamente uma resposta para cada questão prática. A tese da existência de uma única resposta adequada para cada questão prática coloca, pelo menos no campo prático, uma injustificável ficção ontológica..... Isso apenas pressupõe que é possível haver questões práticas para as quais uma resposta pode ser descrita como única adequada no discurso, e que não há certeza de quais questões são essas, de modo que valha a pena tentar encontrar uma única resposta adequada. A isto subjaz uma concepção **procedimental absoluta** de adequação..... O conceito procedimental absoluto de adequação exige, ao contrário, que se continue a procurar uma única resposta.*

*convicções normativas de cada teórico não podem ser assumidas como em geral mais adequadas do que as dos participantes*<sup>90</sup>.

A partir daqui a conclusão do autor resta mais lógica ainda, eis que as regras do discurso racional prático, em tal acepção, não prescreveriam premissas a partir das quais partiram as partes discursantes, mas tão somente definiriam um processo de tomada de decisão, no qual há incertezas quanto o que deve tomar parte da base da decisão – enquanto que nas regras do discurso racional jurídico haverá estas bases (direitos fundamentais, constitucionais, etc.)<sup>91</sup> –, e nem todos os passos estariam prescritos de forma clara e absoluta.

Agora isto não pode levar a teoria do discurso para um campo de relativismos absolutos, isto porque a investigação discursiva, ainda que não leve à certeza matemática e absoluta, oportuniza pelo menos a sair do campo da mera opinião e da crença subjetiva, viabilizando-se, então, o conceito de *adequação discursiva relativa*, proposta por Alexy, isto tanto para o sopesamento de princípios como de regras jurídicas no âmbito de suas aplicações práticas<sup>92</sup>.

Por tais razões Alexy sustenta, com o que concordo, que a relação entre a teoria da argumentação jurídica com a argumentação prática geral não pode ser concebida a partir da idéia de subordinação da primeira em relação à segunda (sempre que houver casos em que a solução não possa ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático geral por trás de uma fachada jurídica); tampouco pode estabelecer relação de suplementação de uma em relação à outra (a argumentação jurídica só poderia ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos especificamente jurídicos não seriam mais disponíveis, intervindo a partir daí a argumentação prática em geral); mas que deve haver uma relação de integração

<sup>90</sup> *Idem*, p.92. Alexy já dissera isto antes, ao sustentar que uma teoria da argumentação jurídica deve estar preocupada, pois, em entender e explicar como e quando uma afirmação normativa é racionalmente justificável. In ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Op.cit., p.27.

<sup>91</sup> Para Alexy: *o discurso legal pode ser distinguido do discurso prático geral pelo fato de que o primeiro, em resumo, é restrito em seu objetivo pelo estatuto, pelos precedentes e pela dogmática legal e – no caso dos procedimentos judiciais –, pela legislação e regulamentações processuais. Idem*, p.29. E por que tais restrições? Pelo reconhecimento: (a) do amplo alcance do que é meramente possível discursivamente; (b) da natureza experimental de quaisquer conclusões; (c) da necessidade de resolver muitas questões prática num espaço de tempo curto.

<sup>92</sup> Novamente Schauer chama a atenção para o fato de que *the open-ended premises of a proportionality argument are admissible in legal discourse generally, and we see such open-ended selection of premises, factors, and considerations not only in proportionality arguments, but also in common law adjudication*. In SCHAUER, Frederick. **Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text**. Op.cit., p.11. Ver também o excelente texto do autor: SCHAUER, Frederick. **The nature of customary law: legal, historical and philosophical perspectives**. New York: Amanda Perreau-Saussine & James Bernard Murphy eds., 2007.

entre estas duas argumentações, no sentido de que argumentos jurídicos e práticos em geral se combinem em todos os níveis, aplicando-se conjuntamente<sup>93</sup>.

Observando-se tais parâmetros hermenêuticos, parece-me que a decisão política ou judicial pode até gerar equívocos de avaliação e interpretação por parte do decisor, mas não estará fundada em procedimento autoritário ou meramente subjetivo impossível de ser controlado.

## V. REFERÊNCIAS

AARNIO, A. **The rational as reasonable. A treatise of legal justification**. Dordrecht etc.: Reidel, 1987.

ALEXY, Robert & PAULSON, Stanley & PAULSON, Bonnie. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. London: Oxford, 2010.

ALEXY, Robert. A argumentação jurídica como discurso racional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinski; OLIVEIRA, Elton Somensi de Oliveira (Orgs.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.

\_\_\_\_\_. A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason. In **Ratio Juris** 5, (3):231-251, 1992.

\_\_\_\_\_. A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification. In **Ratio Juris**, vol.37. New York: Hammel, 2010.

\_\_\_\_\_. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. In **Rechtstheorie**, caderno 2, 1981.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In FRANKENBERG, Günter & MOREIRA, Luiz. **Jürgen Habermas: 80 anos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

\_\_\_\_\_. The Construction of Constitutional Rights. In **Law & Ethics of Human Rights**, Volume 4, Issue 1. Article 2. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010.

ANDRONICO, Alberto. Ermeneutica e diritto da Wilhelm Dilthey ed Emilio Betti. In **Spicchi di Novecento, a cura di Bruno Montanari**. Roma: Giappichelli, 2008.

<sup>93</sup> *Idem*, p.30.



ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. **Teoria do Discurso: fundamentos semióticos**. São Paulo: Humanitas/USP, 2002.

BARTHES, Roland. **Empire of Signs**. New York: Hill and Wang, 1982.

\_\_\_\_\_. **The Pleasure of the Text**. New York: Hill and Wang, 1975.

CELANO, Bernardo. **Dialettica della giustificazione pratica**. Torino: Giappichelli, 2008.

CHOMSKY, Noam. **Diálogos com Mitsou Ronat**. São Paulo : Cultrix, 2000.

CHRISTOFOLETTI, Rogério. Por um estatuto epistemológico da análise do discurso. **Revista de Estudos Linguísticos**, Belo Horizonte, v.8, n.1, p.171-181, jan./jun.1999.

COLEMAN, John. **La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2006.

DELFINO, Lúcio. **Jurisprudência e o fumo**: Uma guinada em prol dos interesses do fumante. In <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=29646>, acessado em 12/02/2009.

DOSSE, François. **História do Estruturalismo**. v. 2. São Paulo: Unicamp, 1994.

FERREIRA, Maria Cristina Leandro. Nas trilhas do discurso : a propósito de leitura, sentido e interpretação. In : ORLANDI, E.(org.) **A leitura e os leitores**. Campinas : Pontes, 1998. p. 201-208.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. São Paulo : Martins Fontes, 1987.

GADET, F. & HAK, T.(orgs.). **Por uma análise automática do discurso: uma introdução à obra de Michel Pêcheux**. Campinas : Editora da Unicamp, 1990.

GADET, Françoise. **Saussure: une science de la langue**. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

GALLO, Solange. **Discurso, Escrita e Ensino**. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.

GIANFORMAGGIO, Luciano. **Filosofia del diritto e ragionamento giuridico**, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008.

GROSSO, Enrico. Cittadinanza e vita democratica dell'Unione tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa.. In LUCARELLI, Alberto (a cura di). **Quaderni della Rassegna di Diritto Pubblico Europeo**, vol. I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998.

GUNTHER, Kress. From Saussure to critical sociolinguistics. In WETHERELL, Margaret. **Discourse Theory and Practice: A Reader**. London: Sage Publications, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Moral Consciousness and Communicative action**. Cambridge (Mass): The MIT Press, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. In HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HERGET, James E. **Contemporary German Legal Philosophy**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

INDURSKY, Freda & FERREIRA, M.Cristina Leandro(orgs.). **Os múltiplos territórios da Análise do Discurso**. Porto Alegre : Sagra-Luzzatto, 1999.

INVERNIZZI, Gabriela. *Substância nociva - Souza Cruz é condenada a indenizar família de fumante*. **Revista Consultor Jurídico**, 2007. In <http://www.conjur.com.br/>.

JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen. In **Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee** 253, 260, 262-63, 275, 2007.

KOCH, Hans- Joachim & RÜSSMAN, Helmut. **Juristische Begründungslehre**, p. 48 e segs. e 112; NEUMANN, Ulfid. **Iuristische Argumentationslehre**.

LACLAU, Ernesto. **Philosophical roots of discourse theory**. New York: Oxford University Press, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais**. Chapecó: Unoesc, 2012.

MACCORMICK, Neil and SUMMERS, Ronald .S. **Interpreting statutes. A comparative study**. Aldershot etc.: Dartmouth, 2005.

\_\_\_\_\_. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ragionamento giuridico e teoria del diritto**. Torino: Giappichelli, 2001.

MANIACI, Giorgio. *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*. In **Rivista Diritto&questioni pubbliche**, vol. 2, agosto 2002. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2002.

MENGONI, Luigi. **Ermeneutica e dogmatica giuridica**. Milano: Giuffrè, 2006.

MOUFFE, Chantal. **Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?**

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito de (não) fumar**: uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ORLANDI, Eni. **Interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1996.

PASTORES, Karina e BUCHALL, Anna Paula. A Marca da morte nos cigarros. **Revista VEJA**, Edição nº1.735 (2002). Disponível no site <http://www.veja.com.br/>.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e Discurso**. Campinas : Ed. da Unicamp, 1988.

PECZENIK, A. **On law and reason**. Dordrecht etc.: Kluwer, 1989.

POSCHER, Ralf. Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnisse der Prinzipientheorie. In **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**: studien zur grundrechtstheorie Robert Alexys. 59, 65, 70 (Jan-R. Sieckmann ed., 2007); e o de KLEMENT, Jan Henrik. *Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt*, 63. Juristenzeitung 756, 760, 2008.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law, in "**Yale Law Journal**", 81, 1972.

ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003.

SCHAUER, Frederick. *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*. In **Law & Ethics of Human Rights Review**, vol. 4, Issue 1. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010.

\_\_\_\_\_. **The nature of customary law**: legal, historical and philosophical perspectives. New York: Amanda Perreau-Saussine & James Bernard Murphy eds., 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Roma: Giuffrè, 2010.

TEIXEIRA, Marlene. **Análise de Discurso e Psicanálise**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

VIOLA, Francesco & ZACCARIA, Giancarlo. **Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

WINDSCHEID, Bernhard. **Lehrbuch des Pandektenrechts, p.111**: Die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Faktoren sind.

WRÓBLEWSKI, Jonh. **The judicial application of law**. Edited by Z. Bankowski and N. MacCormick. Dordrecht: Kluwer, 2001.

ZIZEK, Slavoy. **Enjoy Your Symptom**. London: Routledge, 1992.



# Instruções para autores

## *Instructions for authors*

### 1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

### 2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D.), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

### 3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como

de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

#### **4. Idiomas**

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

#### **5. Apresentação do texto e elementos pré-textuais**

**5.1.** Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

**5.1.** As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

**5.2.** No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

**5.3.** Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

**5.4.** No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

**5.5.** A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

**5.5.1.** Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

**5.5.2.** Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

**5.5.3.** Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

**5.5.4.** Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

**5.5.4.1.** Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

**5.5.4.2.** Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado,

especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.5.4.3.** Indicação de endereço de e-mail para contato.

**5.5.4.4.** Os três elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

**5.5.4.5.** Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-curriculum, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-curriculum do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

**5.5.5.** Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

**5.5.6.** Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

**5.5.7.** Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

**5.5.8.** Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

**5.5.9.** Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

**5.5.10.** Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

**5.5.11.** Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

**5.5.12.** Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

**5.6.** Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

**5.7.** Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

## **6. Metodologia científica**

**6.1.** As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

**6.1.1.** O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

**6.1.2.** Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

**6.1.3.** As referências deverão constar da seguinte forma:

**6.1.3.1. Livros:** SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÊVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos:** SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de "p."].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas:** homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

**6.1.3.3. Artigos em revistas:** SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito,** cidade, volume, número, página inicial-página final

[antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

**6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação:** SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito:** subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

**6.1.4.** Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

**6.1.4.1. Autor:** SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

**6.1.4.2. Edição:** deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

**6.1.4.3. Ano:** grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

**6.1.5.** Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

**6.1.5.1.** Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

**6.1.5.2.** Ausência de editora: substituir por [s.n.].

**6.1.5.3.** Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

**6.2.** As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

**6.2.1.** Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

**6.2.2.** Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

**6.2.3.** Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.



**6.2.4.** Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

## **7. Redação**

**7.1.** Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

**7.2.** No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

**7.3.** As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

## **8. Artigos resultantes de pesquisas financiadas**

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

## **9. Declaração de direitos autorais**

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

**9.1.** Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

**9.2.** Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

**9.3.** Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

## 10. Responsabilidade dos autores

**10.1.** Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

**10.2.** Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

**10.3.** No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

**10.4.** Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

**10.5.** As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

## 11. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

**11.1.** É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

**11.2.** Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

**11.3.** Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

**11.4.** Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

**11.5.** Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

**11.6.** Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por

parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

**11.7.** No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

**11.8.** Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

**11.9.** Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

## **12. Outras informações**

**12.1.** Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

**12.2.** Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

**12.3.** Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

**12.3.1.** Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

**12.3.2.** O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

**12.3.3.** O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.